

LA JUSTICIA MILITAR ESPAÑOLA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

Santiago Ripoll Corulla
*Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Letrado del Tribunal Constitucional*

INTRODUCCIÓN

El artículo 117.5 CE, tras afirmar que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales», se refiere a la Jurisdicción militar:

«la Ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución»¹.

* Premio «José Francisco de Querol y Lombardero» 2007.

¹ Con carácter general no se cuestiona hoy en día la necesidad de la Jurisdicción militar. Frente a quienes han sostenido que su mantenimiento supone reconocer un fuero privilegiado a los militares –un argumento que se acompaña de referencias al derecho comparado y, en particular, al derecho francés– cabe decir que la necesidad de la Jurisdicción militar nunca ha sido puesta en entredicho ni siquiera durante el proceso de aprobación de la Constitución de 1978. Sin embargo, la mera formulación de la posición anterior ha comportado la aportación de argumentos para justificar la existencia de la jurisdicción militar. Estos argumentos son principalmente cuatro: 1) la especialidad del Derecho militar; 2) la necesidad de jueces militares en un ámbito militar; 3) el mantenimiento de la disciplina castrense; y 4) el cumplimiento de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas por la Constitución. Ver, Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Alicante: Universidad, 2003, pág. 104 y ss; G. SUÁREZ PERTIERRA, «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», en

A través de la aprobación de sucesivas leyes se ha dado cumplimiento a este mandato constitucional. En términos generales se ha interpretado que el art. 117.5 CE, al exigir la sujeción de la Jurisdicción militar a los principios de la Constitución, imponía operar en cuatro direcciones distintas: 1) reducir la competencia de esta Jurisdicción de tal modo que conozca única y exclusivamente sobre asuntos relacionados con el ámbito castrense; 2) integrar la Jurisdicción militar en el Poder Judicial único del Estado; 3) proceder a la profesionalización jurídica de la Jurisdicción militar mediante la tecnificación de sus órganos; 4) consagrar el principio constitucional de la independencia de los órganos judiciales militares, garantizando su inamovilidad, responsabilidad, sumisión exclusiva al imperio de la Ley y predeterminación.

Como se ha indicado la implantación de estos principios ha sido un proceso gradual. Este proceso se inició en 1980 con la aprobación de la LO 6/1980, de 1 de julio, sobre Criterios básicos de la Defensa Nacional, y de la LO 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar, y tuvo su pleno desarrollo durante la segunda mitad de los años ochenta con la aprobación de tres leyes: LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, LO 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Justicia Militar, y LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar².

Este proceso legislativo se ha visto influido por la doctrina judicial del Tribunal Constitucional que, en diversas sentencias, ha modulado –aun antes de la aprobación de las referidas leyes– las características de la Jurisdicción militar y su adecuación a los principios constitucionales. Así, en ocasiones, el TC ha ratificado la singular organización de la Jurisdicción militar y las peculiaridades del Derecho penal y procesal militar en razón de la «organización profundamente jerarquizada del Ejército en el que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el artículo 8 de la Constitución» (SSTC 97/1985, de 29 de julio, FJ 4; 180/1985, de 19 de diciembre, FJ 2). En otras sentencias, en cambio, el TC se ha referido al sometimiento de la

Jornadas de Estudio sobre el Título preliminar de la Constitución, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2359-2414. Como recuerda R. Canosa, ni en los Pactos de la Moncloa de 1977 ni durante el transcurso del debate constituyente se planteó esta cuestión R. CANOSA USERA, «Configuración constitucional de la Jurisdicción militar», *Revista del Poder Judicial*, núm. 34, junio de 2004, pp. 9-37.

² Ver, E. MONTULL LAVILLA, «La justicia penal y disciplinaria en el seno de las Fuerzas Armadas», en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Madrid: Trotta, 1995, pp. 97-159, donde realiza un riguroso estudio del panorama legislativo en la materia.

Jurisdicción militar a los principios del debido proceso reconocidos en el art. 24.2 CE, recordando que

«el artículo 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa...» (STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 3).

En términos generales, como señala el preámbulo de la LO 9/2003, de 15 de julio, de Reforma de la LOCOJM, «el actual modelo jurisdiccional militar está plenamente consolidado y satisface de modo adecuado las garantías propias de una Administración de Justicia organizada conforme a los principios del Estado de Derecho, tal y como se recogen en el Título VI de nuestro texto constitucional». Así lo ha afirmado también el TC en sus sentencias 204/1994, de 11 de julio, y 113/1995, de 6 de julio, sobre las que se ha de volver más adelante.

Esta valoración en general positiva de la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar no puede hacer olvidar que han surgido ciertas cuestiones problemáticas –que por otra parte han sido oportunamente puestas de relieve por la doctrina³–, de tal modo que en ocasiones los particulares han considerado que la aplicación de una determinada disposición de derecho español relativa a la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar y del régimen disciplinar de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha supuesto una vulneración de uno de sus derechos y libertades fundamentales.

El análisis de los asuntos planteados por miembros de las Fuerzas armadas y de la Guardia Civil ante el TEDH permite identificar estos aspectos conflictivos. Ciertamente el TEDH desarrolla una función de control del cumplimiento por parte de España de los derechos y libertades recogidos en la Parte I del CEDH. Es obligación del Estado incorporar estos derechos y libertades en su ordenamiento jurídico (art. 1 CEDH) y asegurar su garantía por los tribunales nacionales, estableciendo vías de recurso para el particular (art. 13 CEDH).

³ Ver, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, «Estatuto de los miembros de la Jurisdicción militar e independencia de los órganos judiciales militares», en *Constitución y Jurisdicción militar*, Cuadernos Lucas Mallada núm. 2, Zaragoza: Libros Pórtico, 1997, pp. 17-58, en particular, pp. 35-41, donde expone estas posiciones doctrinales.

Para que este acceso de los particulares al Tribunal de Estrasburgo resulte posible es preciso que el Estado parte haya aceptado la competencia del TEDH. Así lo hizo España que, no obstante, en el ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 57 del CEDH, formuló ciertas declaraciones y reservas, una de las cuales incide en determinados aspectos del régimen disciplinario aplicable a las Fuerzas Armadas y a las garantías y derechos para el particular que éste debe ofrecer.

La actuación del TEDH con respecto al Estado parte ha de entenderse como una garantía adicional ofrecida por las autoridades del Estado a las personas residentes en su territorio. Como es sabido el TEDH sólo conocerá de un determinado asunto una vez el particular haya agotado los recursos judiciales que le ofrece el derecho interno. Desde este punto de vista el TEDH actúa como garante último de los derechos y libertades de los particulares para el caso de que el ordenamiento jurídico nacional no haya permitido una correcta tutela de los mismos⁴.

El TEDH ha conocido en 19 ocasiones de demandas interpuestas por miembros de los Ejércitos y de la Guardia Civil relativas a la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar y a la tutela de las garantías y derechos personales en el régimen disciplinar⁵. El conocimiento de estos asuntos le ha llevado a dictar 27 resoluciones, de las cuales 23 son decisiones de inadmisibilidad de la demanda y las 4 restantes sentencias en las

⁴ En S. RIPOLL CARULLA, *Las relaciones entre el sistema europeo de derechos humanos y el derecho español*, Barcelona: Atelier, 2007, pp. 139 y ss. desarrollé con detalle los principios de articulación entre ambos órdenes normativos.

⁵ No son éstas, sin embargo, las únicas demandas interpuestas por militares o miembros de la Guardia Civil. En efecto, en el *case-law* de los órganos del CEDH es posible identificar un grupo de demandas formuladas por militares que se han visto afectados en el disfrute de determinados derechos como consecuencia de la aprobación de una determinada normativa (Decisiones de inadmisibilidad *J.L.S. c. España*, de 27 de abril de 1999, *Arévalo Fernández c. España*, de 26 de octubre de 2000, relativas ambas al uso de viviendas militares, Decisión *Acebal Lahera*, de 19 de noviembre de 2001, relativa al cobro por el demandante de una determinada pensión, ó en este mismo orden de cosas *Asociación de aviadores de la República, Mata y otros c. España*, Decisión de inadmisibilidad de 11 de marzo de 1985). Asimismo *Talavera Iniesta*, militar español que acudió al TEDH alegando una dilación indebida en el procedimiento de amparo ante el TC, decisión de 5 de noviembre de 2001, y las decisiones de inadmisibilidad *Luis Abad Bausela y otros 708 militares*, de 28 de febrero de 1996, y *Tejero Gimeno*, de 15 de enero de 1997, ambas relativas a militares afectados por el RD 1637/1990 que creó la escala media del Ejército, a la que fueron integrados en su condición de miembros de la anterior escala especial. También ha de señalarse las demandas interpuestas por familiares de militares españoles en reclamación de una pensión de viudedad (Decisiones *Ihasniouan c. España*, de 28 de junio de 2001, *Boudraham c. España*, de 13 de septiembre de 2001, *Hammouali c. España*, de 19 de febrero de 2002). Estos asuntos no serán objeto de consideración en el presente trabajo por cuanto trascienden su ámbito material.

que el TEDH constata que se ha producido en efecto la vulneración del CEDH alegada por el denunciante.

La consideración de estas resoluciones del TEDH, en la medida que han sido aprobadas por el órgano que se halla en el vértice de la pirámide de los órganos de garantía de los derechos y libertades reconocidos por España, permite: 1) hacerse una idea cabal de las cuestiones problemáticas que perviven en la Jurisdicción militar española y en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, 2) determinar la adecuación –o la falta de adecuación– de ambos aspectos a los estándares de protección establecidos por el TEDH, y 3) considerar la forma en que, merced a la influencia de la jurisprudencia de este órgano, se han venido corrigiendo tales disfunciones.

Desde el punto de vista de su contenido ha de señalarse que la jurisprudencia del TEDH relativa a la Jurisdicción militar española se ha centrado fundamentalmente en cuatro ámbitos de cuestiones, a saber: 1) la consideración de los tribunales militares españoles como tribunales ordinarios establecidos por la ley, 2) la independencia de los tribunales militares españoles, 3) su imparcialidad, y 4) el respeto de las garantías del debido proceso tanto en los procedimientos penales como en los sancionadores. Estos ámbitos de cuestiones se refieren al artículo 6 CEDH, según el cual:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

El último grupo señalado –respeto de las garantías del debido proceso tanto en los procedimientos penales como en los sancionadores– ha incidido también en el respeto del derecho a la libertad personal (art. 5

Hay, por otra parte, otros asuntos que presentan un punto de conexión con lo militar, cuyo contenido es, sin embargo, completamente ajeno a este trabajo. Tal punto de conexión con lo militar radica en que el suceso que está en el origen del procedimiento tuvo lugar en unas instalaciones militares (*Alvarez Ramón c. España*, Decisión de 3 de julio de 2001, relativa a la vulneración del art. 2 CEDH), en el cargo ocupado por el demandante (*Roldán Ibáñez c. España*, de 16 de octubre de 1996), ó en el tipo penal que se ha aplicado a los recurrentes (Decisiones *Crespo-Azorín* y *Olcina Portilla*, de 17 de mayo de 1990 y 14 de octubre de 1996, respectivamente).

CEDH), planteando especiales dificultades cuando el recurrente es un miembro de la Guardia Civil. Estas dificultades obedecen a las modificaciones legislativas habidas en relación con el régimen disciplinar de la Guardia Civil. Se trata de una cuestión transversal que no se plantea lógicamente de manera autónoma ante los órganos de Estrasburgo sino como causa u origen de la alegada vulneración de unos de los derechos contemplados por la CEDH. Es por ello que se estudiará, en su caso, en el apartado correspondiente.

I. LOS TRIBUNALES MILITARES ESPAÑOLES COMO TRIBUNALES ORDINARIOS ESTABLECIDOS POR LA LEY

Los órganos de Estrasburgo han sido requeridos en tres ocasiones a valorar la vulneración por España del derecho de los demandantes a ser juzgados por un tribunal establecido por la ley, recogido en el art. 6.1 CEDH⁶. Esta queja nunca ha sido formulada por militares de carrera, respecto de los cuales la competencia de la Jurisdicción militar es clara; por el contrario, las dudas sobre la legalidad de los tribunales militares han provenido, por una parte, de dos soldados de reemplazo (asunto *Escalada Fernández y Blázquez Solís*) y, por otra, de dos Guardias Civiles (asuntos *Rosa Recuerda y Cervero Carrillo*). Puede decirse que la naturaleza de la queja es distinta en uno y otro caso. Así, mientras el cuestionamiento de la legalidad de los tribunales militares por los Sres. Escalada y Blázquez se formula con carácter abstracto, cuestionándose prácticamente el contenido de la norma legal, la queja realizada por los Guardias Civiles es resultado de lo que, en su opinión, resulta ser una respuesta inadecuada de los tribunales españoles al conflicto de jurisdicciones que plantearon en el curso del procedimiento.

El asunto *Rosa Recuerda* (Decisión CEDH, de 2 de diciembre de 1991) plantea por vez primera esta cuestión. El demandante fue procesado por haber realizado actos de propaganda a favor de la creación de un sindicato ilegal de la Guardia Civil. Considerando que la Guardia Civil no es parte integrante de las Fuerzas Armadas solicitó del Capitán General de la Región Militar Sur el desestimiento de la Jurisdicción militar y ser juzgado por los tribunales penales ordinarios. Ante la negativa de la Jurisdic-

⁶ Ver, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «El derecho fundamental al juez ordinario», *REDC*, núm. 3, 1991, pp. 75-123; J. GARBERÍ LLOBREGAT, «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp. 14-58.

ción militar a esta petición se dirigió al Tribunal Supremo para que éste determinara la jurisdicción competente para conocer su caso. Por otra parte el demandante formalizó ante el Capitán General de la Región Militar Sur escrito de preparación para la interposición de recurso de casación, que fue desestimado. Con posterioridad interpuso recurso de queja ante el Tribunal Supremo. Paralelamente el Capitán General de la Región Militar Sur tramitó el señalado recurso al Consejo Supremo de Justicia Militar para su examen.

El recurrente interpuso recurso de amparo ante el TC alegando violación del derecho a un tribunal establecido por la ley (art. 24 CE). Por Sentencia de 18 de enero de 1990 el TC anuló la decisión del Capitán General de la Región Militar Sur y declaró el derecho del recurrente a que su recurso fuera conocido por el Tribunal Supremo. De todos modos, la Sentencia añadía que se habían aprobado las Leyes Orgánicas 4/1987 y 2/1989, cuya aplicación otorgaba la competencia respecto de este asunto a la recién creada Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

Ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el Sr. Rosa Recuerda cuestiona esta decisión. La Comisión entiende que cuando el TC decide que ha de ser la Sala de lo militar del Tribunal Supremo la competente para conocer del asunto, el TC no está decidiendo, contrariamente a lo indicado por el demandante, sobre el fundamento de una decisión penal; tampoco éste era el objeto de las resoluciones del Capitán General de la Región Militar Sur. Tanto en uno como en otro caso la cuestión debatida fue la determinación del órgano competente. Así las cosas –concluye la Comisión– no ha habido violación del art. 6.1 CEDH.

Con posterioridad la Decisión del TEDH (Sección 4.^a) de 17 de mayo de 2001, dictada con motivo del asunto *Cervero Carrillo*, formulará de modo más desarrollado esta doctrina: la interpretación de la legislación interna corresponde en principio a las autoridades nacionales; no es función del Tribunal sustituir su apreciación a menos que tal decisión pueda ser calificada como arbitraria o irrazonable, lo que no ocurre en este caso.

Por fin, la Decisión de la Comisión de 6 de junio de 1995 da respuesta a la demanda interpuesta por los Sres. Escalada Fernández y Blázquez Solís, dos soldados de reemplazo acusados de desertión. Esta Decisión, sobre la que habrá de volverse con detalle más adelante, responde en un determinado pasaje a la queja de los demandantes de que el juez militar no es un juez establecido por la ley. La Comisión responde a esta queja a partir de la STC 204/1994, de 11 de julio, y recogiendo palabras del Alto Tribunal español indica que el ejercicio de la Jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense está en el derecho español reglamentado por la

ley conforme a los principios de la Constitución (art. 117.5 CE), de modo que los órganos militares son, en el ámbito de su competencia, considerados como jueces ordinarios previstos por la ley⁷.

Como ha podido advertirse los órganos de Estrasburgo han dado una respuesta similar en los tres casos: los Estados, cuya obligación consiste en garantizar a los particulares los derechos reconocidos por la CEDH, no tienen que actuar de un modo determinado y único a estos efectos, pudiendo reglamentar los aspectos organizativos de la jurisdicción nacional según sus propios criterios. La labor del TEDH no consiste en examinar la legislación o las decisiones judiciales de los tribunales estatales que se refieren a la organización judicial pues los Estados gozan en este sentido de un amplio margen de acción. La interpretación de estas normas corresponde a los tribunales internos. El TEDH sólo podrá realizar el señalado examen para responder a las quejas que se refieran a concretas violaciones de los derechos subjetivos de los particulares.

II. TRIBUNALES MILITARES ESPAÑOLES Y DERECHO A UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE

A) LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y SU APLICACIÓN A LA JURISDICCIÓN MILITAR ESPAÑOLA

El TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la noción de tribunal independiente⁸. En el asunto *Campbell y Fell c. Reino Unido* (Sentencia de 28 de junio de 1984, párrafo 78) precisó determinados criterios para considerar si un tribunal cumple esta condición. Estos criterios son: designación y duración del mandato de sus miembros, existencia de garantías contra las presiones externas, y apariencia de independencia del órgano judicial.

⁷ Ver, A. MILLÁN GARRIDO, «La Jurisdicción Militar en el actual ordenamiento constitucional (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar)», en *Constitución y ... Op. cit.*, pp. 59-103.

⁸ Ha de señalarse que existe en este punto una falta de concordancia entre el art. 6 CEDH y el art. 24 CE: mientras que el primero incluye el derecho a una audiencia por un tribunal independiente e imparcial como parte del derecho a un juicio justo, el art. 24 CE no recoge expresamente este derecho. De todos modos el TC ha considerado que el derecho a un tribunal independiente e imparcial queda comprendido en el proceso con todas las garantías y está íntimamente ligado al derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE). Ver STC 145/1988, de 12 de julio.

Desde esta perspectiva el TEDH ha tomado posición sobre la presencia de funcionarios en el seno de los tribunales considerando que en sí misma esta presencia no supone una vulneración del art. 6.1 CEDH (STEDH *Ringeisen c. Austria*, Sentencia de 16 de julio de 1971, párrafos 95-97); para que ésta se produzca ha de darse una relación de subordinación de funciones y de servicios con relación a una de las partes, esto es, ha de existir una subordinación jerárquica de estos funcionarios con respecto a quien les nombró. Si así ocurriera «los justiciables pueden legítimamente dudar de la independencia de esta persona». Esta situación «quiebra gravemente también la confianza que los tribunales han de inspirar en una sociedad democrática» (asunto *Sramek*, Sentencia de 22 de octubre de 1984, párrafos 41-42). Pero este juicio no puede realizarse en abstracto⁹.

La Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo ocasión de aplicar estos criterios a la Jurisdicción militar española. La queja sobre la falta de independencia de los tribunales militares fue formulada por J.A. Escalada Fernández y M. Blázquez Solís, quienes, tras abandonar las unidades donde realizaban su servicio militar aprovechando un permiso, fueron condenados por un delito de desertión por el Tribunal Militar Territorial de Cartagena. En el curso del procedimiento interpusieron diversos recursos alegando en todos ellos que los tribunales militares no reúnen las condiciones de independencia e imparcialidad suficientes¹⁰.

Los recurrentes alegaron ante la Comisión EDH que los tribunales militares españoles carecen de independencia porque los miembros militares de estos tribunales son funcionarios del Ministerio de Defensa y están sujetos a la influencia de sus superiores¹¹. La Comisión recuerda los criterios establecidos por el TEDH en su Sentencia *Campbell y Fell*, que pasa

⁹ Ver, SSTEDH *Incal* (9 de septiembre de 1998, párrafo 65), *Çiraklar* (28 de octubre de 1998, párrafos 61 y ss.), *Gerger* (8 de julio de 1999, párrafo 61) y *Altay*, (21 de mayo de 2001, párrafos 72-75), todas ellas contra Turquía, en las que examina el estatuto de los jueces militares que componen los Tribunales de Seguridad del Estado. Tras indicar que estos Tribunales ofrecen ciertas notas a favor de la afirmación de su independencia e imparcialidad, el TEDH señala que, pese a todo, hay elementos en el estatuto de los jueces que las limitan, como el hecho que estos jueces pertenezcan al ejército, que depende en todo del poder ejecutivo, y que estén sujetos a la disciplina militar y que su designación y nominación requieran la intervención de la Administración y del Ejército.

¹⁰ Ver, L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, «Algunas reflexiones sobre la situación jurídica del soldado», en *La función...* *Op.cit.*, pp. 201-233 (en particular, pp. 213-214).

¹¹ Una posición que coincide con ciertas posiciones doctrinales. Ver, J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Madrid: Colex, 1991, pp. 60-61; J.M. SERRANO ALBERCA, «Art. 117», en F. GARRIDO FALLA *et al.*, *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, 1985, pág. 1630.

a examinar para este asunto en concreto. En primer lugar, señala que la exigencia de independencia no supone necesariamente que el juez deba ser nombrado indefinidamente (*qu'il soit nommé à vie*) o que sea inamovible según la ley, es decir, que no pueda recibir un nuevo destino sin su consentimiento. Lo que resulta esencial desde el punto de vista del respeto al principio de independencia es que el juez no esté sometido, en el ejercicio de sus funciones judiciales, a ninguna autoridad.

Para la Comisión los miembros militares de los tribunales españoles están sujetos a un régimen estricto de incompatibilidades y la responsabilidad derivada del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no puede exigirse más que ante el Tribunal Militar Central y el Consejo General de la Magistratura. De este modo, aunque los jueces militares están sujetos a la autoridad de su superior jerárquico en sus destinos, cuando actúan como miembros de un tribunal militar no tienen obligación de informar sobre el modo en que administran justicia a autoridad alguna. En atención a todo lo dicho la Comisión desestima la demanda (Decisión de la CEDH de 6 de septiembre de 1995)¹².

C) EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Debe indicarse que esta misma queja –falta de independencia de los tribunales militares españoles– había sido desestimada previamente por el Tribunal Constitucional mediante su Sentencia 204/1994, de 11 de julio¹³. En la misma el TC rechaza el argumento ofrecido por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado para inadmitir el recurso de amparo que interpusieron J.A.Escalada Fernández y M. Blázquez Solís. Tal argumento con-

¹² La queja sobre la falta de independencia de los tribunales militares españoles también fue formulada por M.A. Gómez Mariño. Pero la Comisión inadmitió esta queja por falta de agotamiento de los recursos internos (arts. 26 y 27.3 CEDH) puesto que el recurrente no la había formulado ante el Tribunal Constitucional con motivo de la interposición del recurso de amparo (Decisión CEDH de 27 de noviembre de 1996).

¹³ Un examen de la sentencia, en R. CANOSA USERA, «A propósito de la independencia del juez militar (Comentario a la STC 204/1994 de 11 de julio)», *Poder Judicial*, núm. 34, 1994. Con carácter algo más general, ver, P.A. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN, «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del Juez togado. Independencia, autogobierno y presencia del ejecutivo en la jurisdicción militar», *Justicia*, núm. 1, 1997, pp. 211-224. Previamente a la publicación de esta sentencia, J.M. RAMÍREZ SINEIRO, «La estructura orgánica de la Jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pp. 151-167.

siste en afirmar que los recurrentes han formulado «una impugnación «abstracta» de la legislación relativa a la jurisdicción militar, sin traducción o consecuencia concreta alguna en la actuación del Juez Togado», de tal modo que «no habría, así, una violación del derecho fundamental imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial». Frente a este argumento el Tribunal sostiene que

«los derechos al Juez ordinario y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E), en la medida en que se proyectan sobre un determinado status de los Jueces y Tribunales, y sin prejuzgar en este momento cuál sea éste desde la perspectiva del art. 24 C.E., confieren un derecho fundamental a que la propia causa, por emplear la dicción del art. 6.1 C.E.D.H., sea oída por un tribunal independiente e imparcial, independencia e imparcialidad que no requieren, para entenderse vulneradas, la producción de una resolución positivamente parcial o positivamente carente de independencia. Es suficiente, por el contrario, que el status jurídico del juzgador no reúna las condiciones que, en sí mismo y como tal status, vienen exigidas por el art. 24.2 C.E., para que pueda entenderse producida una vulneración actual, inmediata y directa del derecho fundamental, sin que sea en absoluto preciso, insistimos, que las señaladas deficiencias se hayan efectivamente traducido en una resolución judicial no independiente» (FJ 2)¹⁴.

Acto seguido el TC pasa a analizar el estatuto del Juez Togado Militar, su independencia e inamovilidad. Parte para ello del examen de la L.O. 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, examinando en concreto los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9 y 118, para concluir que «la L.O. 4/1987, (...) proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares, como parte que son de la jurisdicción militar, incorporando, como se ha visto, específicas

¹⁴ Y añade «este planteamiento viene a coincidir con las apreciaciones del T.E.D.H. en las que subraya la importancia del régimen normativo, más allá de su aplicación en los supuestos concretos, incluso cuando dicha aplicación es más respetuosa del derecho de la persona que la propia norma: «A pesar de que es frecuente apoyarse más en la realidad que en las apariencias y en la literalidad de los preceptos a la hora de pronunciarse sobre las violaciones de los derechos protegidos por el Convenio..., sin embargo, las exigencias establecidas «por la ley» revelan una especial importancia cuando se trata de definir la autoridad judicial, teniendo en cuenta la confianza que ésta ha de inspirar a los encausados en una sociedad democrática» (Sentencia del T.E.D.H. de 22 de mayo de 1984, caso Duinhof y Duijf, fundamente 34)».

garantías al respecto» (FJ 7). A través de la consideración de estos artículos legales el TC da respuesta a la lógica de la demanda de amparo que, según se ha expuesto, contiene afirmaciones de principio acerca de la falta de independencia del Juez Togado.

De todos modos el TC responde con detalle a las alegaciones de los recurrentes. Así, se detiene en examinar la procedencia del Juez Togado Militar del Cuerpo Jurídico Militar, es decir, su no pertenencia al «Cuerpo único» de Jueces y Magistrados de carrera previsto en el art. 122.1 C.E. Considera el TC que esta circunstancia no vulnera el art. 24.2 C.E:

«El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas» (FJ 8).

También examina el sometimiento del Juez Togado Militar a una específica disciplina militar, en tanto que militares y cuando no actúen en el ejercicio de sus cargos (art. 122 L.O. 4/1987 y 32 L.O. 12/1985, reguladora del régimen disciplinario de las fuerzas armadas). Así lo hace porque los recurrentes alegan «que el sometimiento a esta disciplina militar, aun cuando queden excluidos de la misma los supuestos en que se actúe en ejercicio de la función jurisdiccional, es incompatible con el principio de independencia judicial, señalando la variedad de los casos en los que se puede incurrir en infracción de la disciplina militar».

El Tribunal rechaza este argumento. Tras reconocer que «ciertamente, los Jueces y Vocales Togados integrantes de la jurisdicción militar se encuentran sometidos a las normas de conducta de la organización militar», señala que tal sometimiento se limita a «los supuestos en los que no actúen en el ejercicio de sus funciones judiciales». En tanto que miembros del cuerpo jurídico militar que desempeñan funciones judiciales los Jueces Togados Militares están sujetos a un régimen de responsabilidad disciplinaria que «solamente puede ser exigida por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, cuando se trate de faltas leves o graves, y por el Consejo General del Poder Judicial si la sanción a imponer comporta el apartamiento temporal o definitivo del destino o de la propia función judicial (art. 138 L.O. 4/1987)». Lo anterior lleva al TC a sostener que

«el Juez Togado Militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del poder ejecutivo, y sin que esta afirmación,

siempre desde la perspectiva del art. 24 C.E., deba verse desvirtuada por la existencia de un específico régimen disciplinario que pueda serle aplicable, con específicas garantías, en su condición de militar» (FJ 9).

Por fin, se refiere a la inamovilidad del Juez Togado Militar (FJ 10). Los demandantes de amparo alegaban que éstos «tampoco tienen inamovilidad comparable (a la de los jueces pertenecientes a la Jurisdicción ordinaria), pues el Ministerio de Defensa conserva dispositivos a su alcance para hacerla ineficaz que si se pusiesen en manos del Ministerio de Justicia respecto de los jueces civiles nadie dudaría que representaría un ataque a la independencia judicial del poder ejecutivo».

Para el TC «tampoco esta alegación puede ser aceptada. Al igual que en el supuesto anterior, el argumento parte de una premisa errónea, cual es la de que el art. 24 C.E. no tolera otro estatuto jurídico relativo a la inamovilidad que no sea el que corresponde («comparable») a los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria». Según el TC «inamovilidad significa, con arreglo a su acepción general, que, nombrado o designado un Juez o Magistrado conforme a su estatuto legal no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y previamente determinadas» (art. 117.2 C.E).

Estas causas están tasadas por la L.O. 4/1987, siendo una de ellas un ascenso en el empleo militar que pueda implicar un cambio de destino. A la alegación de que «la discrecionalidad de los ascensos es mayor en el caso de los militares» que en el de los jueces ordinarios, el TC responde que «la eventualidad de un ascenso motivado o con el propósito de apartar a un Juez Togado de la instrucción de una determinada causa sería (...) consecuencia únicamente de una aplicación desviada de la norma, que sin embargo no se ha denunciado como producida en el presente caso».

Por medio de estas sentencias –la analizada STC 204/1994 y la STC 113/1995, de 6 de julio, cuyo FJ 7 ratifica la anterior¹⁵– queda refrendada en todos sus aspectos la independencia de los Tribunales militares y su acomodación en este punto a las exigencias del art. 24.2 CE. Por lo demás, como se ha examinado, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha ratificado que esta composición de los tribunales militares españoles se

¹⁵ STC 113/1995, de 6 de julio, dictada por el Pleno en respuesta a las cuestiones de constitucionalidad acumuladas núm. 1650/1989, 2049/1989, 2117/1989 y 2224/1989 que plantean la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 518 y 453, apartado tercero, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en relación con el artículo 53.2 de la Constitución.

adecua también a los criterios exigidos por el TEDH en su determinación del principio de independencia de los jueces y tribunales (art. 6.1 CEDH). Para hacerlo la Comisión ha valorado la adecuación del derecho español a la CEDH, tomando en cuenta para ello de forma muy importante la jurisprudencia del TC. Esta postura se corresponde con el principio de autonomía de los Estados parte para dar cumplimiento a las obligaciones del CEDH que, como se ha estudiado, se concretan en la doble afirmación de que la organización jurisdiccional corresponde a las autoridades nacionales y de que la aplicación e interpretación de las normas que reglamentan tal organización corresponde a los jueces del Estado, de tal modo que el TEDH no procederá en principio a valorarlas.

III. TRIBUNALES MILITARES ESPAÑOLES Y DERECHO A UN TRIBUNAL IMPARCIAL

A) LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DE JUECES Y TRIBUNALES Y SU RECEPCIÓN POR EL TC

Ya se ha dicho que el TC ha afirmado que el principio de imparcialidad está implícito en los principios de independencia y sumisión exclusiva a la Ley.

«Entre las garantías que impone la Constitución «figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución» (STC 145/1988, 12 de julio, FJ 5)¹⁶.

¹⁶ Más recientemente la STC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 3, reafirma esta posición, con un reconocimiento expreso de la influencia del CEDH y la jurisprudencia dictada por el TEDH al efecto: «Este Tribunal ha reiterado que la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (en adelante CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3), con una especial trascendencia en el ámbito penal (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3). El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al

Esta afirmación del TC es reflejo de la aceptación de la doctrina del TEDH sobre este derecho, pues también han sido recogidos en la jurisprudencia del TC los elementos principales del principio de imparcialidad de jueces y tribunales señalados por el Tribunal de Estrasburgo, a saber: 1) la imparcialidad judicial tiene dos dimensiones: una subjetiva, que está vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal respecto de un caso concreto, debiéndose presumir esta imparcialidad mientras no se demuestre lo contrario; otra objetiva, referida a las garantías –orgánicas y funcionales– que debe ofrecer el órgano encargado de juzgar; 2) las apariencias son importantes para valorar si el juez es imparcial; 3) la respuesta judicial sobre la quiebra de la imparcialidad del juez no puede darse mediante un juicio abstracto sino que requiere de un enjuiciamiento concreto cuyos resultados variarán según las circunstancias de la causa¹⁷. Estas ideas, como se ha adelantado, han sido atendidas por el TC desde su Sentencia 145/1988, de 12 de julio¹⁸.

En lógica con la anterior recepción de las ideas fuerza que según la doctrina del TEDH conforman el principio de imparcialidad del juez, el TC ha tomado en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para valorar si se produce la quiebra de imparcialidad (y, por tanto, una violación del art. 24.2 CE) en relación a diversas actividades procesa-

acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquéllas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi* (por todas, SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14.a; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2; y 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3; así como SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack c. Bélgica, § 30; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber c. Bélgica, § 24; y, entre las más recientes, de 25 de julio de 2002, caso Perote Pellón c. España, § 43; y de 17 de junio de 2003, caso Pescador Valero c. España, § 21)». En la STC 320/1993, de 8 de noviembre (ponente: V. Gimeno), sin embargo, se omite toda referencia al CEDH (FJ 2).

¹⁷ Ver, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al Juez imparcial*, Pamplona: Aranzadi / Thomson, 2003, pp. 186 y ss. Del mismo autor, «El derecho al juez imparcial: luces y sombras en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (A propósito de los recursos de amparo contra la STS núm. 2/1998, causa especial núm. 2530/1995, recaída en el “Caso Marey”». Especial tratamiento de la STC 96/2001, de 17 de marzo, “Vera c. Sala Segunda del TS”», *RATC*, T. I, 2001, pp. 1987-2024. Ver, también, J. GARCÍA ROCA; J.M. VIDAL ZAPATERO, «El derecho a un tribunal independiente e imparcial», en J. GARCÍA ROCA; P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 327-365.

¹⁸ Para un comentario a este Sentencia, ver, V. GIMENO SENDRA, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1, 1989, pp. 47-64; F. LORENTE HURTADO, «Apuntes críticos sobre la sentencia constitucional número 145/1988, de 12 de julio (De la abstención del Juez Instructor)», *Poder Judicial*, n.º 11, 1988, pp. 89-94.

les. Las concretas actuaciones procesales en las que ha existido dudas sobre su constitucionalidad han sido recordadas por el Tribunal Constitucional en su ATC 232/2003, de 7 de julio, FJ 2, y con posterioridad, en la STC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 4. Estas son: 1) incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación; 2) incompatibilidad entre las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento; y 3) incompatibilidad para revisar el fallo en segunda instancia el Juez que lo ha dictado en la primera cuando, en un pleito anterior, el Tribunal se ha pronunciado sobre los hechos debatidos.

B) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DE JUECES Y TRIBUNALES A LA JURISDICCIÓN MILITAR

Estas circunstancias pueden darse con frecuencia en la Jurisdicción militar debido a la movilidad del cuerpo jurídico militar y a su reducida plantilla. En efecto este hecho es causa de la falta de permanencia en sus puestos de los Jueces militares y de que en el curso de su carrera profesional desempeñen durante períodos distintos o consecutivos el cargo de asesor, de fiscal o de juez. En consecuencia, puede ocurrir que una infracción sea valorada en más de una oportunidad por un mismo funcionario e incluso que la primera valoración sea realizada en un procedimiento administrativo sancionador, previo al proceso penal militar o al procedimiento judicial militar no penal; puede darse el caso, por lo tanto, de que un juez resuelva un pleito que ya ha conocido en otra condición con anterioridad¹⁹. De ser así, ¿se produce la merma de la imparcialidad del juez?

Ante el TEDH se han planteado diversas demandas individuales sobre esta cuestión. Dos de ellas han dado origen a sendas sentencias condenatorias de España: *Castillo Algar* (Sentencia de 28 de agosto de 1998) y *Perote Pellón* (25 de julio de 2002)²⁰.

¹⁹ J.M. RAMÍREZ SINEIRO, *La estructura...* *Op.cit.*, pp. 151-167.

²⁰ El TEDH ha dictado una tercera sentencia condenando a España por vulneración del principio de imparcialidad de los tribunales y jueces. Se trata de la Sentencia de 17 de julio de 2003 (asunto *Pescador Valero*) en la que el TEDH consideró que formaba parte del Tribunal juzgador un Magistrado con intereses ligados a una de las partes en litigio. En concreto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo que debía resolver un recurso contra una decisión de la Universidad de Castilla La Mancha por despido improcedente se componía, entre otros, de un Magistrado que era, a su vez, profesor asociado de la citada Universidad. Existe pues una diferencia importante respecto de los asuntos *Castillo Algar* y *Perote Pellón* relativos a la quiebra de la imparcialidad del juez por haber realizado éste determi-

En el primer caso, dos de los Magistrados que componían la Sala del Tribunal Militar Central que dictó la Sentencia condenatoria del Sr. Castillo Algar habían formado parte de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que previamente había confirmado el auto de procesamiento. El TEDH consideró que los términos empleados por la Sala —«hay indicios suficientes para concluir que se ha cometido un delito (económico) militar»— «podían fácilmente llevar a pensar que harían finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo en su resolución de 20 de enero de 1992» (párrafo 48)²¹.

En el segundo asunto, dos de los miembros del Tribunal que condenó al Sr. Perote Pellón por un delito militar de apropiación de secretos o de informaciones relativas a la seguridad o a la defensa nacional habían intervenido en numerosos actos de instrucción y, sobre todo, en la prórroga de la prisión preventiva y el rechazo del subsiguiente recurso de súplica en atención a «la gravedad de los hechos cometidos» y a los «sólidos» y razonables indicios de culpabilidad del demandante (que fue condenado) (párrafo 50).

En ambas sentencias el elemento determinante para entender que se ha producido la merma del principio de imparcialidad no es tanto que el juez haya participado en actos procesales anteriores cuanto que con ocasión de los mismos haya expresado alguna apreciación sobre la culpabilidad del ahora demandante.

Esta lectura de las sentencias *Castillo Algar* y *Perote Pellón* queda confirmada por las decisiones de admisibilidad dictadas en respuesta a la demanda formulada por don Andrés Cabezas Rectoret, coronel de ingenieros, condenado por delito contra la Hacienda militar (art. 191 CPM) quien, tras ser informado de la composición del tribunal militar que debía conocer sobre el fondo del asunto, solicitó la recusación de dos jueces que habían formado parte de la Sala que rechazó la declinatoria que él mismo había formulado en favor de la Jurisdicción penal.

En su Decisión de 5 de abril de 2005 (4.^a Sección) el TEDH recuerda su distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva, considera que esta última no ha sido puesta en entredicho por el recurrente y examina la eventual quiebra de la imparcialidad objetiva. Según su parecer el juez objeto de recusa-

nadas actividades procesales. Un estudio doctrinal de esta jurisprudencia en; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «La imparcialidad judicial objetiva. Comentario a la STEDH de 28 de octubre de 1998 “Caso Castillo Algar contra España”», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 376, 1999, pp. 1-6; L. RODRÍGUEZ SOL, «La imparcialidad objetiva de los tribunales antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 28 de octubre de 1998 (Caso Castillo Algar vs. España)», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2000, pp. 95-124.

²¹ Aplicando su doctrina fijada en el asunto *Obershlick c. Austria* (23 de mayo de 1991).

ción decidió sobre la competencia militar del asunto sin entrometerse en absoluto en el conocimiento del fondo del mismo. Es decir, la decisión del Tribunal Militar Central, a diferencia de cuanto ocurrió en los asuntos *Castillo Algar* y *Perote Pellón*, no incluye ninguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante, de ahí que el TEDH considerara que no se produjo la alegada vulneración del art. 6.1 CEDH. También fue este el razonamiento seguido por el TEDH para desestimar la demanda interpuesta por Gabriel Hernández Cairós, subteniente acusado de abuso de autoridad sobre la persona de un soldado (Decisión de 17 de febrero de 2004 (Sección 4.^a). Según el Sr. Hernández dos magistrados miembros del Tribunal Militar Territorial núm. 2, que se pronunció sobre el fondo del asunto y le condenó, fueron parte de la Sala que rechazó la apelación que interpuso contra la orden de acusación. El TEDH señala que el simple hecho de que un juez haya adoptado decisiones anteriores durante el proceso no puede justificar dudas sobre su imparcialidad. Y añade que, a diferencia del asunto *Castillo Algar*, el Tribunal Militar Territorial que confirmó la orden de acusación no efectuó ninguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante, limitándose a adoptar una decisión muy sumaria tendente a constatar que se reunían las condiciones formales para proceder a su inculpación²².

Con motivo de la demanda interpuesta por Gonzalo Méndez Gutiérrez y José Ramón Pindado Martínez, sargento y comandante, respectivamente, de la Guardia Civil destinados en la Unidad Central de Investigación Anti-droga (UCIFA), que fueron condenados por un delito de atentado contra la salud pública (Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de octu-

²² La decisión *Garrido Guerrero*, de la Sección Cuarta del TEDH, de 2 de marzo de 2000, que hubo de analizar una situación fáctica idéntica a la que presenta el asunto *Cabezas Rectoret* –frustrada recusación de dos magistrados de la Sala del TMT que habían previamente sido miembros de la Sala que desestimó el recurso de apelación contra la orden de acusación– introdujo estos argumentos por primera vez: «La Cour constate que, dans sa décision du 21 mars 1994, la chambre du Tribunal militaire central dans laquelle siègeait, comme simple juge, D.R.G., certes fit siens les termes de l’ordonnance d’inculpation entreprise du 17 novembre 1993. Toutefois, et à la différence de l’affaire *Castillo Algar* précitée, où «les termes employés par la chambre du tribunal militaire central qui statua sur l’appel de l’auto de procesamiento (...) pouvaient facilement donner à penser qu’elle faisait finalement sien le point de vue adopté par le Tribunal suprême (...), selon lequel il existait des indices suffisants permettant de conclure qu’un délit militaire avait été commis» (§ 48), dans la présente affaire, la juridiction d’appel prit bien soin de préciser les limites de l’acte d’inculpation, son caractère de décision formelle et provisoire, ne préjugant en rien l’issue du litige ni quant à la qualification des faits reprochés ni quant à la culpabilité de l’inculpé». En este caso el TEDH señala otro elemento diferenciador con respecto al asunto *Castillo Algar*: los dos magistrados cuya imparcialidad se ha puesto en entredicho han actuado en la Sala que determinó la culpabilidad del recurrente como simples magistrados, cuando en el asunto *Castillo Algar* fueron presidente y juez ponente.

bre de 1997, confirmada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 11 de enero de 1999), el TEDH se planteó una cuestión distinta. Pero la consideración de la decisión de inadmisibilidad del TEDH (Cuarta Sección), de fecha 5 de marzo de 2002, es de interés porque confirma, a partir de otros hechos y desde una perspectiva distinta, la doctrina expuesta.

Los demandantes alegaron, entre otros motivos, vulneración del principio de imparcialidad del juez. En concreto esta queja obedece a que el Juez titular del Juzgado de instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional había sido superior de uno de los encausados, de forma que éstos mantuvieron durante una época un contacto profesional frecuente. Esta alegación había sido rechazada por el Tribunal Supremo con el argumento de que tales contactos profesionales se refirieron a hechos y operaciones distintas a la que es objeto del presente proceso. El TEDH se muestra sensible a este argumento y considera que la mera existencia de una anterior relación profesional, que no guarda relación en los hechos con la actual, no ha de suponer que el juez pierda su imparcialidad, máxime cuando el recurrente no trata de demostrar la existencia de un vínculo entre una y otra operaciones policiales y cuando la queja se refiere únicamente al Juez de instrucción, sin predicarse de los miembros de los tribunales que decidieron sobre el fondo del asunto y que decidieron su condena²³.

C) IDENTIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA. LA SOLUCIÓN LEGISLATIVA

Pues bien, el TC comparte con el TEDH que lo determinante en los casos de eventual quiebra del principio de imparcialidad del juez es verificar si se ha producido «la emisión anticipada de un veredicto de culpa-

²³ Ver, también, la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 6 de septiembre de 1995, as to *Escalada Fernández y Blázquez Solís*, ya estudiada. Para examinar la queja sobre la falta de imparcialidad de los tribunales militares españoles la Comisión parte una vez más de la distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva, que examina por separado. Con relación a la subjetiva indica que los demandantes no han señalado en qué modo los tribunales militares vulneran esta obligación de imparcialidad, recordando que esta imparcialidad ha de presumirse en tanto no exista prueba en contrario, lo que no se aporta en este caso. Por lo que se refiere a la imparcialidad objetiva la Comisión constata que la queja de los demandantes se refiere al hecho de que las sanciones que les han sido impuestas fueron relativamente severas. Así las cosas la Comisión señala que este extremo fue objeto de análisis por el Tribunal Supremo, de cuya imparcialidad no se ha dudado. Los asuntos *Gómez Mariño*, *Cervero Carrillo* y *Plazuelo Caballero* –decisiones de 27 de noviembre de 1996, 17 de mayo de 2001, 17 de julio de 2001, respectivamente, que planteaban idéntica alegación– fueron inadmitidos por falta de agotamiento de los recursos internos (art. 35. 4 CEDH).

bilidad, o de un juicio de imputación»; sólo esta circunstancia convertiría en fundada la duda acerca de la imparcialidad del Juzgador. En el ATC 81/2003, de 10 de marzo, el TC aplica esta doctrina a una queja sobre la quiebra del derecho al juez imparcial formulada en el ámbito de la Jurisdicción militar. El recurrente aducía que el mero contacto con el material instructorio de quien luego había de pronunciarse sobre la inocencia o culpabilidad del acusado suponía la parcialidad del juzgador. A lo anterior el TC responde, con cita de su STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14.a):

«Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 145/1988, de 12 de julio; 11/1989, de 24 de enero; 151/1991, de 8 de julio; 113/1992, de 14 de septiembre; 119/1993, de 19 de abril; 299/1994, de 14 de noviembre; 60/1995, de 16 de marzo; 142/1997, de 15 de septiembre; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt; 16 de diciembre de 1992, caso Saint-Marie; de 24 de febrero de 1993, caso Fey; de 26 de febrero de 1993, caso Padovani; de 22 de abril de 1994, caso Saraiva de Carvalho; de 22 de febrero de 1996, caso Bulut; de 20 de mayo de 1998, caso Gaurin y otros; y de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar)».

Es claro, por consiguiente, que no puede entenderse que la imparcialidad del juez penal militar esté comprometida simplemente por el

desempeño de funciones instructoras o de cualquier tipo durante una fase previa del proceso, siendo necesario que en el desempeño de las indicadas funciones haya realizado una valoración o juicio sobre los hechos.

Ahora bien esta doctrina judicial –que circunscribe ciertamente las posibilidades de contaminación del juez– no evita la posibilidad de que se produzca la circunstancia que daría lugar a la quiebra de la imparcialidad del juez. Ya se ha señalado que la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar, caracterizada por la movilidad de los miembros del cuerpo jurídico militar, «condiciona de manera inevitable la necesidad de que al menos uno de los vocales que han intervenido en alguna actuación procesal previa –recursos contra el auto de procesamiento o adopción de medidas cautelares– deba formar sala en la vista oral que ha de conocer el fondo del asunto»²⁴. Y puede ocurrir que en tal circunstancia el juez se pronuncie, como ocurrió en los asuntos *Castillo Algar* y *Perote Pellón*, en unos términos que denoten alguna apreciación sobre la culpabilidad del enjuiciado.

La aprobación de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 julio, de reforma de la Ley 4/1987 sobre Competencia y organización de la jurisdicción militar (*BOE* núm. 169, de 16 de julio de 2003), procede a reformar la estructura orgánica de la Jurisdicción militar con el objetivo de evitar esta posibilidad. Mediante esta Ley, como se expone en su preámbulo, se modifica «la composición numérica de los Tribunales Militares cuando se trate de celebrar juicio oral y dictar sentencia en procedimientos por delito y en los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar, de modo que la correspondiente sala se constituya por el Auditor Presidente o quien le sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar, es decir, por tres miembros en lugar de los cinco actuales, con el fin de que puedan ser distintos de los componentes de la Sala que, en su caso, haya adoptado resoluciones interlocutorias o previas en el mismo procedimiento, de acuerdo con el turno que al efecto establezca el propio tribunal». De esta manera –añade el preámbulo– el funcionamiento de la jurisdicción militar se adecua plenamente a la doctrina sobre la imparcialidad objetiva de un tribunal establecida por el TEDH en sus Sentencias de 28 de octubre de 1998 (asunto *Castillo Algar*) y 25 de julio de 2002 (asunto *Perote Pellón*); doctrina –añadimos nosotros– que es compartida por el Tribunal Constitucional.

²⁴ J. M. RAMÍREZ SINEIRO, «La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del TEDH», *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pp. 151-167.

IV. EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS PERSONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES: LOS DERECHOS A LA PRUEBA Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el cuarto bloque de asuntos planteados ante el TEDH algunas demandas se refieren al respeto de las garantías del debido proceso. Ha de decirse que al tratar estas quejas el TEDH no ha entrado, con la excepción del asunto *Puig Panella*, a considerar el fondo del asunto y a realizar un examen de la legislación sobre la Jurisdicción militar y de la acción llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales militares españoles. Los motivos, como tendrá ocasión de comprobarse, son diversos.

Conviene mencionar, en primer lugar, los asuntos *Gómez Mariño* (Decisión de la CEDH, de 27 de noviembre de 1996) y *Méndez Gutiérrez* (Decisión de la Sección 4.^a del TEDH, de 5 de marzo de 2002), que contienen una queja relativa al derecho a la prueba. En ambos casos los órganos de Estrasburgo señalaron, sobre la base de su jurisprudencia anterior, que no están llamados a sustituir la valoración de los hechos y de las pruebas realizadas por los tribunales internos, a quienes corresponde en primera instancia esta función. Ello no obstante la Comisión y el TEDH consideraron si los tribunales españoles habían razonado y motivado su decisión de no admitir una determinada prueba, concluyendo en ambos casos que fue así.

En este mismo orden de ideas ha de hacerse referencia, en segundo lugar, a la Decisión de la Sección 4.^a del TEDH, de fecha 17 de febrero de 2004, que inadmitió la demanda interpuesta por G. Hernández Cairós. Entre otros motivos de queja, el recurrente alega violación del derecho a la presunción de inocencia por cuanto, según su parecer, los tribunales militares españoles no realizaron una adecuada valoración de la prueba. El TEDH desestimó esta queja tras constatar que los tribunales internos decidieron con base exclusivamente en los medios de prueba practicados, que fueron debidamente debatidos en el curso del proceso. La condena del recurrente fue resultado de la valoración de un conjunto de elementos probatorios examinados en el respeto de los principios de contradicción y publicidad.

La quiebra del principio de presunción de inocencia también fue objeto de examen en el asunto *Puig Panella*. Tras el asalto al cuartel de Berga, M. Puig Panella fue detenido, junto a otras personas, por la autoridad judicial militar. Con posterioridad se celebró un consejo de guerra que le condenó por robo y uso ilegal de vehículos, y detención ilegal. Tras diversas vicisitudes procesales el TC estableció que el Sr. Puig Panella fue condenado solamente en base a pruebas que no fueron reproducidas ni sometidas a debate

en el curso del proceso y en consecuencia anuló la sentencia del tribunal militar y la del TS, confirmatoria de la anterior, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) (STC 78/1988, de 27 de abril).

Con posterioridad el Sr. Puig Panella solicitó al Ministerio de Justicia una indemnización por daños y perjuicios, que no le fue concedida a pesar de haber sido declarado inocente. El Ministerio de Justicia, en una decisión que fue confirmada por los tribunales de lo Contencioso-Administrativo, desestimó su petición de indemnización razonando que no existía una ausencia de certeza total sobre la inocencia del acusado. Este elemento diferencia en opinión del TEDH el asunto *Puig Panella* de otros en los que ha considerado que el art. 6.2 CEDH no contiene una cláusula que dé al acusado un derecho de reparación. El simple rechazo de una indemnización –señala el Tribunal– no vulnera en sí mismo el derecho a la presunción de inocencia (párrafo 52). Sin embargo, como se ha indicado, concurre en este asunto un elemento singular: el Ministerio de Justicia basó su decisión en la falta de certeza sobre la presunción de inocencia obviando la sentencia en sentido contrario del TC. Por estos motivos el TEDH declara que ha habido una violación del art. 6.2 CEDH.

V. RÉGIMEN DISCIPLINAR Y RESPETO DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS PERSONALES

El régimen sancionador aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil ha sido objeto también de conocimiento por el TEDH. La consideración de las demandas interpuestas sobre el particular permite distinguir aquellas en las que se cuestiona el régimen sancionador aplicable a la Guardia Civil, la mayoría (seis sobre un total de ocho) de aquellas otras en las que la queja se refiere al régimen sancionador aplicable a los militares. El planteamiento de estas cuestiones viene marcada por la posibilidad de arresto, esto es, de la privación de libertad, como medida de sanción²⁵.

A) EL RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL Y LAS GARANTÍAS DEL PROCESO (ART. 6 CEDH)

Procede comenzar el análisis de esta cuestión por las demandas interpuestas por militares. Su consideración resulta más sencilla, dado que en ellas

²⁵ L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, «Algunas consideraciones... *Op. cit.*, pp. 215-219.

no surge la cuestión de cuál es la normativa aplicable (como resultado de la modificación legislativa del régimen disciplinar de la Guardia Civil). Por otra parte en estas demandas se plantea la colisión entre el ejercicio de un determinado derecho y la garantía de la disciplina en las Fuerzas Armadas.

El asunto *Camacho López Escobar* tiene su origen en la sanción impuesta al demandante, Teniente Coronel de Infantería, por las declaraciones realizadas en diversos medios de comunicación sobre el cese de varios agentes del CESID en 1996²⁶. Como afirmó el recurrente en tales declaraciones se trataba de una «depuración o purga que obedecía a los ligámenes (de los afectados) con los escándalos políticos» que en la época afectaban al CESID. El recurrente, que fue objeto de un procedimiento disciplinario que concluyó con la adopción de una medida de arresto de 45 días en una base militar del Ejército, se queja ante el TEDH de vulneración de su derecho a un juicio equitativo y del derecho de acceso al recurso (arts. 6.1 y 13 CEDH).

El Tribunal en su Decisión de 20 de mayo de 2003 recuerda que, de acuerdo con su doctrina, las sanciones disciplinarias persiguen el asegurar el respeto por los miembros de un determinado grupo de las reglas de comportamiento propias del señalado grupo, y afirma que el mantenimiento de la disciplina en los ejércitos es clara expresión de este supuesto. Estas medidas de sanción –añade– no están sujetas al control del TEDH siempre y cuando no causen al afectado un perjuicio tan grande que pueda asimilarse a la «materia penal» en el sentido del art. 6.1 CEDH (párrafo 2.2. *in fine*). Señalado lo anterior el TEDH afirma que no es éste el caso del Sr. Camacho, quien cumplió su arresto en una base militar del Ejército del Aire y no en un establecimiento específico de la misma, pudo desplazarse por el acuartelamiento con entera libertad, vestir el uniforme, recibir visitas, recibir publicaciones, mantener correspondencia, etcétera.²⁷

²⁶ Previamente la Comisión había conocido del asunto *Hernández Sánchez*, Decisión de 4 de septiembre de 1996, que se refiere a la vulneración del derecho a la libertad religiosa del demandante (art. 9 CEDH), soldado del Ejército arrestado por atentado a la dignidad militar e insubordinación por abandonar la formación y no participar en la ceremonia religiosa que formaba parte de los actos de celebración de la festividad de la Virgen de los Desamparados. La Comisión inadmitió la demanda argumentado que no se habían agotado los recursos internos previstos por el derecho español pues el recurso interpuesto por el recurrente ante las autoridades judiciales militares aún no había sido resuelto. Por otra parte desestimó la queja del demandante de que no se habían adoptado por el Tribunal Constitucional las medidas provisionales que había solicitado. La Comisión recuerda que el CEDH no garantiza el derecho de los particulares de beneficiarse de tales medidas.

²⁷ Por lo que se refiere a la queja relativa a la vulneración del derecho a la libertad de expresión el TEDH siguiendo los criterios establecidos por el art. 10.2 CEDH y su propia doctrina, valora si la medida está prevista por la ley, si la medida responde a un objetivo

Esta doctrina también ha sido aplicada por el TEDH cuando ha conocido de asuntos referidos al régimen disciplinario de la Guardia Civil. En efecto, la decisión adoptada con motivo de la demanda formulada por Linde Falero, Guardia Civil que participó en diversos actos sindicales y conferencias de prensa a favor de la democratización de la Guardia Civil y que fue sancionado en aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas que figura en el Código de Justicia Militar, afirma que este asunto no puede comprenderse en el ámbito de la «materia penal» en el sentido del art. 6.1 CEDH (Decisión de 22 de junio de 2000). También este es el caso de la Decisión adoptada en fecha 21 de noviembre de 2000 en el asunto *Cobo Jiménez*, cadete de la Academia de la Guardia Civil destacado como voluntario en Iraq donde adquirió un fusil de asalto que introdujo ilegalmente en España. Con este motivo se abrió un expediente administrativo en el que, según sus afirmaciones, se conculcaron sus derechos a guardar silencio, a no declararse culpable, a solicitar asistencia legal, a la presunción de inocencia,... Tras haber realizado un examen del expediente el TEDH desestimó todas estas quejas, considerando que no se adecuaban a la realidad de los hechos, y concluyó que la demanda estaba mal fundada (art. 35.2 y 4 CEDH).

Ha quedado establecida por lo tanto una doctrina clara respecto de la compatibilidad con el art. 6.1 CEDH de las sanciones de arresto: la importancia de salvaguardar la disciplina permite que los Estados establezcan un régimen sancionador a los miembros de las Fuerzas Armadas especialmente severo, en el que la sanción de arresto pueda adoptarse sin la intervención previa de un tribunal. Esta posibilidad ha de estar prevista por la ley y su aplicación queda sujeta a ciertos límites, siendo uno de ellos que la sanción no cause al afectado un perjuicio tan grande que pueda asimilarse a una sanción penal.

B) LA RESERVA DE ESPAÑA A LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 CEDH

A través de la argumentación anterior los órganos del CEDH han obviado los efectos de la reserva española a los artículos 5 y 6 CEDH. Ello

legítimo y si la medida es necesaria en una sociedad democrática, que plantea el juicio de proporcionalidad. En el presente caso el TEDH recuerda que, según su propia doctrina jurisprudencial, los Estados tienen la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad de expresión de los militares en aras de asegurar la disciplina militar. Y añade que la valoración sobre la proporcionalidad de la medida adoptada en la persona del Sr. Camacho corresponde a los tribunales nacionales, más próximos a la realidad del Estado. Este margen de apreciación no ha sido sobrepasado en este caso dado que tanto el TS como el TC valoraron todas las circunstancias del caso de forma razonada.

es especialmente claro en el asunto *Camacho López Escobar*, en el que, como se recordará, el demandante se dolía de la vulneración de su derecho a un juicio equitativo porque le había sido impuesta, sin intervención judicial, una sanción de 45 días de arresto. Al conocer de este asunto la primera cuestión que se planteó el TEDH fue si el procedimiento sancionador seguido se refiere a una «acusación penal» pues en tal caso no podría ser objeto de consideración por el Tribunal dada la reserva formulada por España en virtud del art. 57 CEDH. El Tribunal considera que la sanción que le ha sido impuesta al recurrente es, según las normas del derecho español, una sanción prevista por la LO 12/1985 sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. En consecuencia la cuestión debatida no está cubierta por el ámbito material de la reserva española, de ahí que el TEDH pueda entrar en su consideración.

Para comprender este razonamiento es importante destacar que el demandante –Linde Falero, pero también Cobo Jiménez y Camacho López Escobar– había solicitado del TEDH que determinara una vulneración del art. 6.1 CEDH. Por lo demás, en todos estos casos el Tribunal de Estrasburgo, tras examinar las circunstancias del asunto, concluye que no se ha producido tal vulneración bien sea porque no se dan las circunstancias de gravedad para que la sanción impuesta pueda asemejarse a una sanción penal, bien porque las quejas formuladas por el recurrente no son ciertas.

Sin embargo, hay dos asuntos en los que el TEDH sí ha tomado en cuenta la reserva española. Así ha ocurrido cuando la queja del recurrente no se refiere al artículo 6 CEDH sino a la privación de libertad como resultado de una medida de sanción disciplinaria (art. 5 CEDH). Se advierte, en fin, un tratamiento distinto entre las quejas que versan sobre una vulneración del derecho a un juicio equitativo (art. 6) y las relativas a la privación de libertad (art. 5). Estas últimas no son consideradas por el TEDH en virtud de la reserva española; las primeras, en cambio, son objeto de examen a pesar de tal reserva. Se entiende que las medidas disciplinarias de sanción –legalmente establecidas, con un grado de severidad que no las hace equiparables a la materia penal– no resultan incompatibles con el régimen establecido en el CEDH, cuyo artículo 6.1 se refiere expresamente a las sanciones penales. Esto determina, por una parte, que no sea precisa la consideración de la reserva y, por otra, que se rechace la queja.

La reserva española a los artículos 5 y 6 CEDH tiene su fundamento en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que estaba regulado por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, cuando se formuló la misma (1979). Esta legislación planteaba una serie de deficiencias que la hacían incompatible con los derechos a la libertad y a la seguridad per-

sonal y a un proceso equitativo, en concreto, «la duración de las restricciones y privaciones de libertad de la que podían ser objeto los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la práctica ausencia de control judicial sobre tales sanciones, y en relación con la escasez de garantías procesales» en la imposición de las mismas²⁸.

La LO 12/1985, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar modificaron el CJM. La publicación de estas normas tenía como objetivo, además de separar la esfera penal y la disciplinaria «hallar el necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, esencial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, y las garantías individuales recogidas en la Constitución, incorporando a la materia disciplinaria un conjunto de derechos constitucionales de inexcusable observancia, inspirándose para ello en la doctrina que sobre esta materia se contiene en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional» (preámbulo LO 8/1998). Tras realizar esta adaptación España modificó su reserva al CEDH por declaración del Ministerio de Asuntos Exteriores de 24 de septiembre de 1986 (BOE, de 30 de septiembre de 1986, núm. 234). En su redacción actual la reserva española es la siguiente:

España, de conformidad con el artículo 57 del Convenio, se reserva la aplicación de:

1 Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueren incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas se contienen en el Título XV del Tratado Segundo y en el Título XXIV del Tratado Tercero del Código de justicia Militar (modificado por la ley orgánica 12/1985).

Breve exposición de las disposiciones citadas:

El Código de justicia Militar prevé que en los casos de faltas leves, el superior jerárquico respectivo, tras la elucidación previa de los hechos, puede infligir directamente sanciones. La sanción de faltas graves se somete a una instrucción de carácter judicial, en la cual el acusado deberá, necesariamente, ser oído. Tales sanciones, así como el poder para imponerlas, están definidas legalmente. En cualquier caso, la persona objeto de una sanción podrá recurrir ante su superior jerárquico inmediato y así sucesivamente hasta el jefe del Estado».

²⁸ M. DÍAZ CREGO, «Anexos», en J. GARCÍA ROCA; P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa... Op.cit.*, pág. 906.

La LO 12/1985 fue modificada por LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas²⁹. Entre otros elementos esta ley redujo el límite máximo del período de duración de las sanciones privativas de libertad que pueden ser impuestas a los miembros de las Fuerzas Armadas sin control judicial previo. En materia de procedimientos la Ley regula uno, oral, para sancionar faltas leves, y otro, escrito, para sancionar faltas graves, y, con determinadas especialidades, para imponer sanciones disciplinarias extraordinarias mediante el expediente gubernativo. «En ambos se ha procurado avanzar en el reconocimiento de las garantías y derechos personales, adaptados a las características de cada procedimiento» (preámbulo).

De acuerdo con su art. 3 «están sujetos a lo dispuesto en la presente Ley los militares de carrera y los demás militares que mantienen una relación de servicios profesionales, salvo que, conforme a su legislación específica, pasen a situaciones administrativas en las que dejen de estar sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares»³⁰. En consecuencia, la Comisión y el TEDH examinan el juego de la reserva indicada a los casos en que el demandante es militar, tal como se ha apreciado al considerar la Decisión adoptada en el asunto *Camacho López Escobar*.

C) EL ARRESTO, MEDIDA DE SANCIÓN APLICABLE A LOS MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL, Y EL DERECHO A LA LIBERTAD (ART. 5 CEDH)

Los supuestos en los que el demandante ante Estrasburgo es Guardia Civil tampoco planteaban inicialmente problema a este respecto. Ciertamente el art. 9 de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que define quienes integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado afirma que «La Guardia Civil, es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden. En

²⁹ Las leyes señaladas son objeto de estudio en S. LÓPEZ VIADERO, «La Guardia Civil en la Ley reguladora del régimen del personal militar profesional, en *La función... Op.cit.*, pp. 485-499. Sobre el tema, J. CHAVARRI ZAPATERO, *Régimen disciplinario militar*, Madrid: Tecnos, D.L. 1986; J. ROJAS CARO, *Derecho disciplinario militar*, Madrid: Tecnos, 1990.

³⁰ Ver, E. MONTULL LAVILLA, «La justicia... *Op.cit.*, pp. 97 y ss.

tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa». Por su parte, el art. 15 de la LO 2/1986 señala que «la Guardia Civil, por su condición de Instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica». En tanto esta normativa no fuera aprobada, la Guardia Civil estaba sujeta al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas³¹.

Pues bien esta es la situación legislativa que estaba vigente cuando el TEDH conoció de los asuntos *Parra Cerezo* (Decisión Comisión EDH de 25 de febrero de 1991) y *Rosa Recuerda* (Decisión Comisión EDH de 2 de diciembre de 1991). En ambos casos los recurrentes expusieron que la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a los miembros de la Guardia Civil carece de todo fundamento jurídico y ha permitido que las autoridades les privaran de libertad sin la decisión previa de un tribunal.

La respuesta de la Comisión consistió en: 1) reconocer que, según la ley española, el régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas es de aplicación a la Guardia Civil; 2) constatar que España formuló una reserva de exclusión, según la cual los artículos 5 y 6 CEDH no se aplicarán para España en la medida que sean incompatibles con las disposiciones relativas al régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas, 3) concluir que las quejas formuladas en ambos casos se sitúan fuera del ámbito de aplicación del artículo 5 CEDH tal como éste ha sido aceptado por el Gobierno de España. En atención a todo lo dicho, la Comisión EDH inadmitió las dos demandas señaladas por resultar incompatibles *rationae materiae* con las disposiciones de la CEDH (art. 27.2).

La Comisión y el TEDH, en suma, consideraron aplicable la reserva formulada por España y no examinaron las quejas planteadas por miembros de la Guardia Civil por vulneración del art. 5 CEDH como consecuencia de la imposición de una sanción de privación de libertad legalmente prevista en la legislación disciplinaria aplicable.

Sin embargo, el 17 de junio de 1991 se aprobó la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. La sanción de arresto está contem-

³¹ Ver, J.M. LÓPEZ LIADERO, «La Guardia Civil, cuerpo de naturaleza militar, con un régimen disciplinario específico», en *Constitución y... Op.cit.*, pp. 121-124, donde señala que la falta de desarrollo de esta previsión legislativa ha comportado diversos recursos tanto ante el TS como ante el TC. El autor examina estas sentencias y destaca la STC 194/1989, de 16 de diciembre, en la que el Alto Tribunal afirma que si bien no puede tacharse de inconstitucionalidad la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a los miembros de la Guardia Civil, esta situación resulta transitoria y provoca una indefinición que ha de ser resuelta por el legislador. Asimismo, A. MILLÁN GARRIDO, *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Madrid: Trotta, 1992.

plada en su art. 13³². Ha de decirse que a esta modificación legislativa no siguió la modificación por el Gobierno de los términos de la reserva a los artículos 5 y 6 CEDH³³. En este contexto legal ha de situarse la STEDH *Dacosta Silva*, que declaró la vulneración por España del art. 5 CEDH.

Al Sr. Dacosta Silva, quien se ausentó de su domicilio cuando se hallaba rebajado de servicio por enfermedad, se le impuso en aplicación del referido art. 13, una sanción de 6 días de arresto domiciliario. Entre otros motivos de queja en su demanda ante el TEDH alega vulneración del art. 5 CEDH, según el cual

«Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente».

Según afirma el Sr. Dacosta no se cumplieron en su caso las garantías señaladas en este artículo pues fue privado de su libertad sobre la base de una decisión adoptada por sus superiores jerárquicos en el marco de un procedimiento disciplinario (y no por una sentencia dictada por un tribunal competente).

Tratándose de una eventual vulneración del art. 5 del Convenio el TEDH consideró –como es habitual– si la reserva formulada por España resultaba de aplicación en el presente asunto. El TEDH entiende que no. Para alcanzar esta conclusión examina, en primer lugar, la legislación española y sus modificaciones. Parte para ello de la STC 194/1989, de 6 de enero, que reconoce el carácter provisional de la aplicación a la Guardia Civil del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Esta situación se mantuvo hasta 1991 cuando por LO 11/1991 se establece un régimen disciplinario específico para la Guardia Civil. Es claro, en consecuencia,

³² «1. El arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure el mismo, en su domicilio. El sancionado podrá participar en las actividades de la unidad permaneciendo en su domicilio el resto del tiempo. 2. El arresto de un mes y un día a dos meses consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en el correspondiente establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga. El sancionado no participará en las actividades de la unidad durante el tiempo de este arresto. Cuando concurren circunstancias justificadas, y no se causará perjuicio a la disciplina, podrá acordarse el internamiento en otro establecimiento en las mismas condiciones de privación de libertad».

³³ Sobre el tema, ver, J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Potestad disciplinaria...* *Op.cit.*

que los miembros de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil están sujetos a regímenes disciplinarios diferentes.

Realizada esta constatación el TEDH se cuestiona si la reserva formulada por España en 1979 y modificada en 1986 cubre la LO 11/1991, base jurídica del arresto impuesto al Sr. Dacosta. A estos efectos señala que el objeto de la reserva es el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas regido inicialmente por el CJM y luego por la LO 12/1985, que ha sido modificada de nuevo por LO 8/1998. A continuación el TEDH hace constar que España ha notificado al depositario de la CEDH únicamente la aprobación de la LO 12/1985, y no la aprobación de la LO 8/1998 ni de la LO 11/1991. Señalado lo anterior califica como «difícilmente sostenible» la afirmación del Gobierno de que el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas resulte de aplicación a una norma posterior cuyo objeto es precisamente vertebrar un régimen disciplinar distinto al de las Fuerzas Armadas para la Guardia Civil. Por fin, razonando ya sobre la interpretación de la reserva según las reglas de la propia CEDH (art. 57.1) afirma que una reserva sólo puede referirse a una ley en vigor en el Estado parte en cuestión. Y añade que la LO 11/1991 no lo estaba ni en 1979, cuando se formuló la reserva, ni en 1986, cuando se modificó. En este mismo orden de cosas el TEDH señala que el art. 57.2 CEDH exige del Estado reservante que realice una breve exposición de la ley objeto de la reserva. Con ello se pretende –recuerda el Tribunal– «introducir un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica. Se trata de ofrecer a los otros Estados contratantes y a los órganos del Convenio la garantía de que la reserva no va más allá de las disposiciones expresamente descartadas por el Estado en cuestión». En fin, si la reserva se refería al régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas y desde 1991 éste ya no es aplicable a la Guardia Civil, no cabe más que concluir que la reserva no puede extenderse a una norma que tiene como finalidad «una segregación del objeto recogido en la reserva» (párrafo 38).

La no aplicación al caso de la reserva conduce al TEDH a examinar si ha habido violación del CEDH. Su respuesta es afirmativa. En efecto, el recurrente fue sancionado a un arresto domiciliario sin intervención previa del juez, lo que resulta en contradicción con el art. 5.1 CEDH. La medida de arresto domiciliario –apostilla el TEDH– ha sido calificada por el Tribunal Constitucional español (STC 14/1999 de 22 de febrero, FJ 2³⁴)

³⁴ J.A. MARTÍNEZ CORRAL, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999 de 22 de febrero (B.O.E. de 17 de marzo de 1999) (Sobre la aplicación al procedimiento disciplinario militar de las garantías procesales previstas en la Constitución)», *Revista General de Derecho*, núm. 675, 2000, pp. 14581-14590.

como auténtica privación de la libertad y no como una mera restricción de la misma.

Apenas dos meses después de la aprobación de la STEDH *Dacosta Silva c. España*, se ha iniciado el proceso de reforma de la LO del Régimen disciplinario de la Guardia Civil. Ciertamente en fecha 15 de enero de 2007 el Consejo de Ministros recibió un Informe del Ministro del Interior sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Uno de los elementos de este texto consiste en la eliminación del arresto como medida de sanción³⁵. Resta señalar que cuando culmine el iter legislativo de esta reforma resultará conveniente que el Gobierno informe al Consejo de Europa de la aprobación y entrada en vigor de la nueva Ley e indique si se modifica o no la reserva a los artículos 5 y 6 CEDH.

CONSIDERACIONES FINALES

El estudio del *case-law* de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativo a la justicia militar española ha permitido advertir cómo muchas de las cuestiones que la doctrina especializada había señalado como problemáticas han revertido en la práctica en conflictos que han llegado a las más altas instancias de protección de los derechos y libertades fundamentales.

En términos generales el TEDH ha desestimado las demandas interpuestas por militares y miembros de la Guardia Civil. Así lo ha hecho cuando la queja venía referida a una decisión judicial adoptada por los tribunales españoles que el demandante entendía causa de la vulneración de su derecho a la prueba (derecho de acceso y a la valoración de la prueba). También cuando la resolución judicial interna ha interpretado las leyes procesales sobre competencia de los tribunales. En tales casos el Tribunal de Estrasburgo ha entendido que los tribunales internos están en mejor disposición para tratar de estas cuestiones. Su análisis ha consistido simplemente en examinar la resolución judicial en cuestión a los efectos de advertir que ésta es una resolución razonada en derecho y que está debidamente motivada. Fue en razón de concurrir esta circunstancia en una resolución adoptada por el Ministerio de Justicia que el TEDH declaró la vulneración por España del derecho a la presunción de inocencia en el asunto *Puig Panella*.

³⁵ En www.iustel.com. De 15 de enero de 2007.

En ocasiones, sin embargo, el TEDH ha debido examinar la adecuación al CEDH de una determinada norma legal. En tales casos el Tribunal ha partido de su doctrina anterior, que ha aplicado en su valoración del asunto. En ocasiones este examen le ha llevado a desestimar la demanda. Son ejemplos de este proceder las afirmaciones siguientes: 1) la CEDH no impone a los Estados una determinada forma de asegurar el cumplimiento de los derechos y libertades recogidas en la misma. Este criterio ha sido utilizado para asentar la adecuación de la existencia en el derecho español de la Jurisdicción militar y, por lo tanto, para considerar los tribunales militares como jueces ordinarios y como tribunales independientes; 2) la garantía de la obediencia y disciplina en el Ejército es causa para que los Estados parte prevean en sus legislaciones medidas disciplinarias especialmente severas, incluido el arresto. Estas medidas –siempre y cuando no resulten especialmente gravosas para el sancionado– no suponen una vulneración del art. 6.1 CEDH, que expresamente se refiere a «acusaciones en materia penal».

Sin embargo, al contrastar la normativa española sobre composición y funcionamiento de los tribunales militares españoles con su asentada doctrina sobre la imparcialidad del juez –la merma del derecho a un juez imparcial no se produce simplemente por el hecho de que éste haya participado en actos procesales anteriores sino porque el juez haya expresado con ocasión de los mismos alguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante– el TEDH declaró en los asuntos *Castillo Algar* y *Perote Pellón* la violación por España del art. 6.1 CEDH.

Por fin, la STEDH *Dacosta Silva* expone una contradicción evidente del régimen disciplinar de la Guardia Civil con el art. 5 CEDH: la medida de arresto disciplinario se equipara con la privación de libertad y ésta no puede, según la Convención, adoptarse sin intervención judicial. Es cierto que la reserva formulada por España con relación a este artículo excluía el seguimiento por España de este extremo, así como el conocimiento por los órganos de control del CEDH de las quejas sobre el mismo. Sin embargo, diversas modificaciones legislativas en la configuración legal del régimen disciplinario del Guardia Civil, la falta de notificación de las mismas a los órganos del CEDH y la no actualización de la reserva dieron lugar a que el TEDH declarara la señalada vulneración del Convenio.

Por lo demás, ha de destacarse que España ha procedido de manera casi inmediata a modificar su legislación en los aspectos que le han sido señalados por el TEDH. Del mismo modo el TC se ha hecho eco de la doctrina jurisprudencial del TEDH y la ha aplicado en asuntos similares al que dio origen a las decisiones de Estrasburgo. También se ha producido una

influencia en sentido inverso, es decir, del TC al TEDH. Éste, en efecto, se ha mostrado muy receptivo a los razonamientos de las sentencias del alto tribunal español, como pone de manifiesto la decisión adoptada en el asunto *Escalada Fernández y Blázquez Solís*, que asume prácticamente en su literalidad la doctrina del TC sobre independencia judicial.