

## **LAS PRINCIPALES DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL PERSONAL MILITAR**

Joaquín M.<sup>a</sup> Peñarrubia Iza

*Capitán Auditor*

*Profesor Titular de Derecho Administrativo*

*Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

### *SUMARIO*

I.- EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. II.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. III.- DOCTRINA GENERAL: PLENA APLICABILIDAD DEL CONVENIO, ADAPTADA A LAS PECULIARIDADES DE LAS NECESIDADES MILITARES DEL ESTADO. LA SENTENCIA ENGEL Y OTROS CONTRA HOLANDA, DE 8 DE JUNIO DE 1976. IV.- LA GRADUACIÓN DE LA INTENSIDAD DE LA LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DEAMBULATORIA: ARRESTOS, DETENCIONES, HÁBEAS CORPUS Y DISTINCIÓN ENTRE PRIVACIÓN Y MERA RESTRICCIÓN DE LIBERTAD. LA SENTENCIA ENGELS Y LA SENTENCIA STEPHEN JORDAN CONTRA REINO UNIDO, DE 14 DE MARZO DE 2000. V.- EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO Y A LOS RECURSOS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS DE 25 DE FEBRERO DE 1997, ASUNTO FINDLAY CONTRA REINO UNIDO; DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997, ASUNTO COYNE CONTRA REINO UNIDO; DE 28 DE OCTUBRE DE 1998, ASUNTO CASTILLO ALGAR CONTRA ESPAÑA; DE 18 DE FEBRERO DE 1999, SENTENCIA HOOD CONTRA REINO UNIDO; DE 18 DE FEBRERO DE 1999, ASUNTO CABLE CONTRA EL REINO UNIDO; DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ASUNTO SMITH Y FORD CONTRA REINO UNIDO; DE 8 DE DICIEMBRE DE 1999, ASUNTO PELLEGRIN CONTRA FRANCIA; DE 27 DE JUNIO DE 2000, ASUNTO FRYDLENDER CONTRA FRANCIA; Y LA RESOLUCIÓN DE 2 DE MARZO DE 2000, ASUNTO GARRIDO GUERRERO CONTRA ESPAÑA. VI.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA SENTENCIA HADJIANASTASSIOU CONTRA GRECIA, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1992; LA SENTENCIA VEREINI-

GUNG DEMOKRATISCHER SOLDATEN OSTERREICHS (ASOCIACIÓN DEMOCRÁTICA DE SOLDADOS AUSTRÍACOS) Y GUBI CONTRA AUSTRIA, DE 19 DE DICIEMBRE DE 1994; Y LA SENTENCIA GRIGORIADES CONTRA GRECIA, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1997. VII.- LA LIBERTAD DE CONCIENCIA APLICADA A LA LIBERTAD RELIGIOSA. LA SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1998, ASUNTO LARISSIS Y OTROS CONTRA GRECIA. VIII.- EL DERECHO A LA IGUALDAD Y AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA EN EL SENO DE LAS FUERZAS ARMADAS. LAS DOS SENTENCIAS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ASUNTO SMITH Y GRADY CONTRA EL REINO UNIDO Y ASUNTO LUSTIG-PRENAN Y BECKETT CONTRA EL REINO UNIDO. IX.- UNA REFLEXIÓN FINAL.

## I. EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

En nuestro ámbito geográfico y cultural, factores ambos evidentemente relacionados con nuestra tradición y con nuestra realidad jurídica, tiene una gran importancia la interpretación y aplicación de los Tratados internacionales, de una manera especial en lo que se refiere a los derechos fundamentales, tanto por la vocación española de situarse decididamente con los países de nuestro entorno inmediato en su reconocimiento y aplicación (1), como porque esa vocación se ha plasmado expresamente en la vigente Constitución, cuyo artículo 10.2 se remite a los Tratados internacionales (2) para interpretar el alcance y contenido de las declaraciones de derechos contenidas en la propia Constitución (3), reforzando así especialmente a los que regulan los derechos fundamentales, frente a la genérica incorporación de todos los Tratados al Derecho interno (4).

---

(1) Cfr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Derechos y libertades fundamentales: estándar europeo, estándar nacional y competencia de las Comunidades Autónomas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983, págs. 9 y ss.

(2) Conforme a este art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

(3) Sobre el artículo 10 de la Constitución, vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, págs. 7-11. Sobre la elaboración del precepto y lo deseable que resultaba su inserción en la Constitución vid., del mismo autor, «Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)», Akal, Madrid, 1984, págs. 71 y ss.

(4) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO considera que si los derechos fundamentales ocupan un espacio muy cualificado en el ordenamiento jurídico español, se debe tanto a la minuciosa enumeración constitucional como a la presencia en la Constitución de los arts. 96 y 10.2; vid. «La Europa de los derechos humanos», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 73.

En el plano del reconocimiento de los derechos fundamentales en el Derecho internacional, podemos distinguir en relación con el Derecho español dos ámbitos geográficos, uno universal y otro europeo. El estudio de estas declaraciones universales y europeas viene dado tanto por su importancia intrínseca, como por su propia autoridad, pero sobre todo por la voluntad de los Estados de orientar sus criterios en materia de derechos y deberes de los ciudadanos siguiendo los principios fundamentales establecidos en los Tratados Internacionales (5).

Lo cierto es que para nuestro Derecho es esencial un Texto internacional como es el denominado *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el día 4 de noviembre de 1950, porque se redactó con vocación general en cuanto a su contenido y, como ahora veremos, también en cuanto a su aplicación a todos los ciudadanos de los Estados parte en él (6), aunque estén sometidos esos ciudadanos a una relación especial de sujeción (7).

De modo semejante a lo establecido en otro de los grandes Textos internacionales sobre la protección de los derechos fundamentales, la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, el Convenio Europeo contiene cláusulas de excepción a algunos derechos. En ambas Declaraciones Interna-

---

(5) Así lo ha destacado Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado», *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994, pág. 30.

(6) Este Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979 y fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de octubre de 1979.

(7) Sobre el concepto de relación especial de sujeción, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 34, 1961, págs. 11 y ss. Federico A. CASTILLO BLANCO, «Función pública y poder disciplinario del Estado», Civitas, Madrid, 1992, págs. 87-154. También Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, «Régimen jurídico de la Función pública y derecho al cargo», prólogo de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1995. Ricardo GARCÍA MACHO, «Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española», Prólogo de Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Tecnos, Madrid, 1992, 259 págs. Este autor había dado avances de su investigación en algunos artículos previos: «En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 64, 1989; y «Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 72, 1991. Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, «Las relaciones de sujeción especial», Civitas, Madrid, 1994, 457 págs. Mariano LÓPEZ BENITEZ, «Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción», Proemio de Gunter PÜTNER, Prólogo de Luis COSCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 1994, 645 págs.

Sobre la plena aplicabilidad de este concepto jurídico al personal militar, con las garantías constitucionalmente establecidas, me remito a Joaquín M.<sup>a</sup> PEÑARRUBIA IZA, «Presupuestos constitucionales de la Función militar», con Prólogo de Luis COSCULLUELA MONTANER, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, *in toto*, especialmente págs. 89 y ss. También Juan-Cruz ALLI TURRILLAS, «La profesión militar», Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, págs. 86 y ss.

cionales, estas excepciones están fundadas en idénticos motivos: salvaguardar la seguridad nacional, el orden y la moral públicos y el respeto a los derechos de los demás (8). Así, expresamente se mencionan estas posibles restricciones en algunos preceptos del Convenio Europeo, por ejemplo en el artículo 8.2, que se refiere al derecho al respeto de la vida privada y familiar, de domicilio y de correspondencia, o en el artículo 9.2, respecto a la libertad de manifestar la propia religión o las creencias, así como, con relación a la libertad de expresión, según lo previsto en el artículo 10.2 del Convenio.

Del mismo modo que ocurre en la *Declaración Universal de Derechos humanos*, sólo se hace en el Convenio mención específica al personal militar en cuanto a la posible restricción de derechos en lo tocante al derecho de asociación, con mención expresa de la sindicación y ampliándose la restricción también a los derechos de reunión pacífica, en el artículo 11 del Convenio Europeo.

Además, algunos países suscribieron este Convenio Europeo con cautelas hacia dos de sus artículos, concretamente el 5 y el 6. Así lo hizo España, país que se adhirió al Convenio en 1977 (9), pero haciendo salvedades a dichos preceptos en lo que se refiere a los miembros de las Fuerzas Armadas en el Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979, en el que se dijo que:

«España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de: Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran 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».

Derogado el Código de Justicia Militar, se entendió que esta reserva debía aplicarse a la legislación nueva, es decir, a las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (10). Aunque nada se ha dicho expresamente, habrá que entender que la reserva se extiende también a la posterior Ley Orgánica de Régimen disciplinario de la Guardia Civil (11).

---

(8) Vid. Joaquín M.<sup>a</sup> PEÑARRUBIA IZA, «Presupuestos constitucionales de la Función militar», op. cit., págs. 101 y ss.

(9) España firmó el Convenio el día 24 de noviembre de 1977.

(10) Así lo estableció la Resolución de 24 de septiembre de 1986, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de septiembre de 1986.

(11) Sobre este aspecto de las reservas formuladas por España, vid. José JIMÉNEZ VILLAREJO, «Potestad disciplinaria y control jurisdiccional», Colex, Madrid, 1990, págs. 13-19. Del mismo autor, «El recurso contencioso-disciplinario militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56-57, 1991, págs. 288-289.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito de este *Convenio Europeo* es importantísima la jurisprudencia que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano que, interpretando el Convenio, ha obligado a muchos países a cambiar sus hábitos e, incluso, hasta sus normas (12). Esto sólo ya sería suficiente argumento para probar su importancia, pero es que, además, la doctrina jurisprudencial del TEDH es frecuentemente citada y aceptada como argumento de autoridad por las Jurisdicciones nacionales (13), lo cual da una idea de la autoridad doctrinal que se reconoce a las sentencias del Tribunal Europeo de Estrasburgo (14).

---

(12) Por ejemplo, en materia de acceso a los Tribunales, en la que en otros sistemas jurídicos europeos ha pervivido hasta nuestros días el recurso ante la Corona en demanda de justicia, pero no se contemplaba la posibilidad de interponer recursos judiciales contra la Administración. Vid. Carlos PADRÓS REIG y Joan ROCA SAGARRA, «La armonización europea en el control judicial de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995. Como dicen estos autores, esto es lo que ocurre en el ordenamiento holandés, en el cual el recurso a la Corona era la única forma de recurso en el ámbito del derecho Administrativo (pág. 253). Pero la jurisprudencia del TEDH ha forzado un cambio en esta situación, que ha entendido que una vez agotados los sucesivos recursos administrativos, llegando hasta la Corona, cabrá interponer recurso ante la jurisdicción ordinaria (pág. 265).

(13) Dice Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO que «la sensibilidad hacia la jurisprudencia de Estrasburgo a la hora de interpretar las normas españolas sobre derechos humanos se ha convertido en una constante que informa con carácter habitual la filosofía del Tribunal Constitucional». Vid. «La Europa de los derechos humanos», op. cit., pág. 260.

(14) Hay que recordar que hay otro «Tribunal europeo», que tiene su sede en Luxemburgo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ahora compuesto por dos órganos, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia en sentido estricto. Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La reordenación del sistema jurisdiccional comunitario: La creación del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas». *Noticias/CEE*, núm. 50, marzo de 1989. Rafael GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, «El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», en Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y Diego LIÑÁN (directores), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993. En esa misma obra colectiva, Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Rosario SILVA DE LAPUERTA, «El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, La Ley, Madrid, 2.ª ed., 1993. Ricardo ALONSO GARCÍA, «Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea», Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995. Mariano BACIGALUPO, «La Justicia Comunitaria. Estudio sistemático y textos normativos básicos», con prólogo de Martín Bullinger, Marcial Pons, Madrid, 1995. Juan Antonio FUENTETAJA PASTOR, «El proceso judicial comunitario», Marcial Pons, Madrid, 1996. Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, «Instituciones y Derecho de la Unión Europea», Mc Graw Hill, Madrid, 1996. Joaquín M.ª PEÑARRUBIA IZA y Miguel Angel LÓPEZ LÓPEZ, «El pro-

Además, como era lo normal en los casos en los que en Tratados de Derecho Internacional se establecía la creación de un órgano jurisdiccional para interpretar las normas internacionales, en el momento en el que se redactó el Convenio no se admitió a los individuos la posibilidad de acudir directamente ante este Tribunal. Aunque es cierto que se estableció que previamente debía decidir sobre la admisibilidad de la demanda la denominada Comisión Europea de Derechos Humanos, un matiz muy importante era que, a diferencia de otros órganos jurisdiccionales de Derecho Internacional, ante el Tribunal de Estrasburgo sí pueden ser parte los ciudadanos, los particulares, y no sólo los Estados u otras organizaciones de Derecho Internacional (15).

Sin embargo, se ha producido recientemente un cambio esencial en esta materia. Este cambio ha venido motivado por la actual situación en todo el mundo occidental en torno a la consideración especialísima que merece la protección de los derechos fundamentales, lo cual ha llevado a una modificación del Convenio mediante el denominado *Protocolo número 11*, en virtud del cual ha desaparecido ese previo filtro que realizaba la Comisión y, por tanto, el acceso directo ante el TEDH se ha hecho posible, una vez agotadas las instancias judiciales nacionales (16).

El Protocolo número 11, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido en el Convenio, fue hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (17). Como consecuencia de las modificaciones introducidas, fueron elaborados por el Consejo de Europa los Textos Refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales o Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, del Protocolo adicional de París de 20 de marzo de 1952 y del Protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (18).

---

cedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y el recurso de casación», con Prólogo de Jesús GONZÁLEZ SALINAS, Editorial Dilex-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, 204 págs.

(15) Así lo destaca también Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en «La Europa de los derechos humanos», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 119.

(16) Sobre el *Protocolo núm. 11*, más ampliamente, vid. Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, «Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, 1999, págs. 135 y ss.

(17) El Protocolo número 11 fue ratificado por España mediante Instrumento de 28 de noviembre de 1996 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 26 de junio de 1998.

(18) Estos textos refundidos fueron publicados oficialmente en España mediante Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de 5 de abril de 1999, *Boletín Oficial del Estado* de 6 de mayo de 1999, corrección de erratas en el *Boletín Oficial del Estado* de 12 de junio de 1999.

### III. DOCTRINA GENERAL: PLENA APLICABILIDAD DEL CONVENIO, ADAPTADA A LAS PECULIARIDADES DE LAS NECESIDADES MILITARES DEL ESTADO. LA SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1976, ASUNTO ENGEL Y OTROS CONTRA EL ESTADO HOLANDÉS

El TEDH considera que las restricciones, cuando están permitidas por el Convenio, tienen su fundamento en la consideración de las peculiaridades de la vida militar, de los «deberes» particulares y de las «responsabilidades» específicas de los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados, que implican una obligación de reserva en relación con todo lo que afecta al ejercicio de las funciones desempeñadas (19).

La *sentencia Engel* fue pionera en la jurisprudencia del Tribunal sobre el personal militar (20) y fue, por tanto, en esta esencial sentencia en la que el TEDH realizó una primera interpretación de la aplicación de estos derechos a los miembros de los Ejércitos de los países adheridos al mismo. Nos estamos refiriendo a la conocida STEDH de 8 de junio de 1976, *asunto Engel y otros contra el Estado holandés* o, simplemente, como *caso Engel* (21). En esta importantísima sentencia (22), establece el TEDH que puede haber una diferencia en materia de ejercicio de los derechos fundamentales para el personal militar, diciéndolo de la forma siguiente:

---

(19) Sobre el origen común de las instituciones de la Administración civil en las de la organización militar y cómo se ha mantenido el sistema de la milicia, con sus peculiaridades frente a una diferente evolución, aunque con un mismo origen, inspirado precisamente en la estructura castrense, vid. el magnífico trabajo de Pedro ESCRIBANO TESTAUT, «La carrera militar tras la Ley 17/1989», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 71, 1998, págs. 49-90, especialmente las págs. 49-68.

(20) Sobre la influencia notable que en la doctrina y en la jurisprudencia españolas ha tenido el TEDH, vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pág. 12.

(21) Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Enrique LINDE, Luis Ignacio ORTEGA, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, «El sistema europeo de protección de los derechos humanos», Civitas, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., 1984, págs. 392-407.

(22) Varios autores han comentado esta sentencia. Vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado», cit., pág. 12. Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción», cit., págs. 515 y ss. José JIMÉNEZ VILLAREJO, «Potestad disciplinaria y control jurisdiccional», Colex, Madrid, 1990. Ricardo PELLÓN, «La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 37, 1979, págs. 54-55. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en las *XI Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 796-799. Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, «Las relaciones de sujeción especial», cit., págs. 360-362.

«Cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de un cierto margen de apreciación. Los límites que a los Estados les impone el artículo 5 no son idénticos para civiles y militares».

Sin duda, pues, la declaración más importante del TEDH, en esta primera sentencia en la que se manifiesta sobre los derechos de los militares, consista en recordar lo evidente y darle forma jurídica: las condiciones y los imperativos de la vida militar difieren por su propia naturaleza de los de la vida civil (23).

Pero también contiene esta sentencia otros pronunciamientos de interés (24). En primer lugar, la consideración general de que la Convención se aplica no sólo a los paisanos, sino también a los militares, idea fundamental que ha sido, por tanto, plasmada por el TEDH desde la primera sentencia en la que se ha pronunciado sobre los derechos fundamentales del personal militar. Por otro lado, estableció una doctrina que ha influido en la doctrina y la jurisprudencia patrias, sobre la distinción entre privación y mera restricción de la libertad deambulatoria, en relación con las potestades disciplinarias propias del ámbito militar.

#### IV. LA GRADUACIÓN DE LA INTENSIDAD DE LA LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DEAMBULATORIA: ARRESTOS, DETENCIONES, HÁBEAS CORPUS Y DISTINCIÓN ENTRE PRIVACIÓN Y MERA RESTRICCIÓN DE LIBERTAD. EL ASUNTO ENGEL Y LA SENTENCIA STEPHEN JORDAN CONTRA REINO UNIDO, DE 14 DE MARZO DE 2000

El TEDH ha considerado plenamente aplicables a la institución militar los principios contenidos tanto en el párrafo 3.º del artículo 5 del Convenio (25),

---

(23) Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», op. cit., pág. 797.

(24) En este sentido, vid. Arthur H. ROBERTSON, «La Convention européenne des Droits de l'Homme, les Pactes de l'O.N.U. et les forces armées», en *Les droits de l'homme dans les forces armées*, séptimo congreso internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, celebrado en San Remo; vol. I, Bruselas, 1978, págs. 63 y ss.

(25) Según el art. 5.3 del Convenio, «Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales».

como en el párrafo 5.º del mismo artículo (26), referidos a los supuestos de la detención y el derecho a ser puesto a disposición de la autoridad judicial competente. En este punto, esta doctrina es muy importante, teniendo en cuenta que tradicionalmente las facultades disciplinarias y judiciales han residido en la mayoría de los ordenamientos confundidas o mezcladas en las autoridades militares, si bien ciertamente, en el ordenamiento español han desaparecido las potestades judiciales del ámbito militar para pasar a ser competencia de la Jurisdicción militar. No obstante, esta doctrina del TEDH nos recuerda la plena aplicación al personal militar de las garantías procedimentales y de la plena vigencia para los militares de la figura del *hábeas corpus*, es decir, de la imposibilidad de imponer una restricción de la libertad personal fuera de las previsiones legales y, desde luego, con respeto a lo establecido por el Convenio (27). Aunque se haya establecido esta doctrina por el TEDH en supuestos que se asemejan a los antiguos consejos de guerra, concretamente en los casos de las *courts martials* del Derecho inglés, lo cierto es que, en nuestra opinión, es plenamente aplicable a las situaciones de arrestos disciplinarios del Derecho español (28) como, en cierto modo, se refleja en una línea jurisprudencial sostenida recientemente por el Tribunal Constitucional (29).

De gran importancia es, también y además de lo mencionado más arriba, la distinción que hace la sentencia del *asunto Engels* entre las penas privativas de libertad y las meras sanciones restrictivas de libertad, a los efectos de la interpretación del artículo 5 de la Convención. Una

---

(26) Se dispone en el art. 5.5 del Convenio que: «Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación».

(27) Son las sentencias de 18 de febrero de 1999, *asunto Hood contra el Reino Unido* (traducida al español en el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, marginal TEDH 6) y de 14 de marzo de 2000, *asunto Stephen Jordan contra el Reino Unido* (en español, en el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, marginal TEDH 93).

(28) Dice literalmente esta STEDH (§ 27) que en el caso concreto, «el oficial superior tenía la responsabilidad de la disciplina y el orden, lo que proporciona una razón adicional para que un acusado dudase razonablemente de la imparcialidad de su oficial para decidir sobre la necesidad de una detención preventiva de un acusado bajo sus órdenes». Esta es la doctrina que consideramos extrapolable a nuestro Derecho, ciertamente salvando las distancias, en cuanto se considere que el Derecho disciplinario en el ámbito militar tiene una naturaleza mixta entre el Derecho penal y el Derecho administrativo (vid. Joaquín M.ª PEÑARRUBIA, «Presupuestos constitucionales de la Función militar», cit., págs. 194 y ss. y la doctrina allí citada).

(29) En las sentencias constitucionales 208/2000, de 24 de julio; 209/2000, también de 24 de julio; 233/2000, de 2 de octubre; 263/2000, de 30 de octubre.

sanción o medida disciplinaria que sería sin ninguna duda considerada como una privación de libertad para un civil, puede no tener este carácter si se aplica a un militar. En consecuencia, considera el TEDH que es privación de libertad un arresto muy riguroso o el internamiento en una unidad disciplinaria, pero que no tienen tal carácter los arrestos normales, simples o agravados. Ahora bien, en nuestra opinión, estas sanciones disciplinarias constituyen todas ellas, sin ninguna duda, una privación del derecho de libertad, que está permitida en nuestro Derecho por la Constitución, lo cual significa que aunque nos esforcemos en hacer esa distinción terminológica para diferenciar entre sanciones «privativas» o «restrictivas» del derecho a la libertad (30), esta distinción es más didáctica o con efectos formales que de fondo (31). En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, reconociendo que «el cometido que a la potestad disciplinaria le está asignado en el ámbito castrense y que puede aconsejar una mayor intensidad o contundencia» que la que tiene en otros ámbitos, concluye que las sanciones de arresto, incluso en caso de que tenga un mero carácter preventivo, con independencia de la calificación que pudiera corresponderles en un plano teórico, tienen desde un

---

(30) Como en otro lugar hemos dicho («Presupuestos constitucionales de la Función militar», cit., págs. 196 y ss.), esta doctrina ha tenido acogida en el Tribunal Supremo español, en cuya jurisprudencia se diferencia entre las sanciones restrictivas de libertad y las privativas de tal libertad. Por ejemplo, considera la STS de 7 de noviembre de 1995 (Sala 5.ª, Ar. 9853), «el arresto domiciliario viene entendiéndose por esta Sala como «restricción» y no como «privación de libertad»»; un razonamiento semejante puede encontrarse en la STS de 4 de marzo de 1994 (Sala 5.ª, Ar. 2275). No sólo se acepta la doctrina, sino que también se hace mención de manera expresa a la doctrina de la *sentencia Engel*, como en la STS de 10 de octubre de 1995 (Sala 5.ª, Ar. 7833): «La doctrina del Tribunal de Derechos Humanos sostenida en el denominado «caso Engel», inspira la tesis mantenida por esta Sala, como igualmente, por la fecha de su emisión, hubo de ser tenida en cuenta por el Legislador de la norma disciplinaria militar, al distinguir entre «retención», «restricción de libertad» y «privación de libertad», para graduar y definir las sanciones disciplinarias». Suele recordar el Tribunal Supremo, por ejemplo en la STS de 2 de marzo de 1994 (Sala 5.ª, Ar. 2274), que se debe tener presente «la doctrina sostenida por el Tribunal de Derechos Humanos, en su conocida Sentencia de 8 de junio de 1976 (caso Engel), luego recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 y reiterada por la doctrina de esta Sala Quinta (Sentencias de 1 y 10 de octubre de 1990, 4 de diciembre de 1990, 17 de enero de 1991 y 18 de febrero de 1992), que permiten sostener que el arresto por falta leve de uno a treinta días, a cumplir en el domicilio o en la Unidad, sin perjuicio del servicio, no constituye privación de libertad, sino simple restricción de la misma».

(31) En idéntico sentido, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción», op. cit., pág. 513.

punto de vista constitucional un contenido unívoco, que consiste en la privación de un derecho fundamental como es la libertad, lo cual hace que haya que extremar las garantías procedimentales: «El análisis de su contenido en su dimensión constitucional, que es la nuestra, pone de relieve sin más que se trata de una privación de libertad», dice el Tribunal Constitucional, que añade que el arresto, aunque como en el caso concreto planteado sea preventivo, incide «directa e inmediatamente en un derecho fundamental de quien lo ha de padecer, en este caso nada menos que la libertad, cuya pérdida irreversible puede causar aunque sea por un breve tiempo» (32).

Esta distinción tiene también un efecto inmediato en la consideración de la aplicación del derecho a un proceso justo contenido en el artículo 6 del Convenio. A estos efectos, se debe distinguir entre proceso penal y proceso disciplinario, ya que la garantía judicial es plenamente aplicable en el primero, pero en el segundo admite matizaciones. Por ello, considera el TEDH en la *sentencia Engels* que los Estados no deben disfrazar como disciplinarias, con el fin de soslayar la garantía judicial, las que son verdaderas sanciones de carácter penal. La diferencia será el criterio de la gravedad de los hechos y la sanción que se les aplique, que se medirá por el grado de severidad que implique. En principio, las restricciones de libertad pueden tener carácter disciplinario, mientras que, por el contrario, las privaciones de libertad deben ser siempre sanciones de carácter penal (33).

---

(32) Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1999, de 8 de marzo.

(33) Federico A. CASTILLO BLANCO («Función pública y poder disciplinario del Estado», Civitas, Madrid, 1992, págs. 77 y ss.) considera que de esta jurisprudencia del TEDH se pueden extraer, principalmente, dos conclusiones: La primera, que la distinción entre sanciones penales y administrativas no es esencial o substancial, en orden a gozar de las garantías establecidas en el Convenio, como se ha puesto de relieve, entre otros, en el *caso Engels*, citado en otras sentencias posteriores (así, *sentencia Campbell y Fell*, de 28 de junio de 1984, referida al ámbito penitenciario), en el sentido de que queda al cuidado del legislador nacional la distinción de lo disciplinario y de lo penal por razón del servicio militar, voluntario u obligatorio. En segundo lugar, que nuestra jurisprudencia no puede acudir al fácil criterio de utilizar la doctrina de las relaciones especiales de sujeción para excluir la aplicación de las garantías constitucionales, especialmente de las contenidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución.

V. EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO Y A LOS RECURSOS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS DE 25 DE FEBRERO DE 1997, ASUNTO FINDLAY CONTRA REINO UNIDO; DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997, ASUNTO COYNE CONTRA REINO UNIDO; DE 28 DE OCTUBRE DE 1998, ASUNTO CASTILLO ALGAR CONTRA ESPAÑA; DE 18 DE FEBRERO DE 1999, SENTENCIA HOOD CONTRA REINO UNIDO; DE 18 DE FEBRERO DE 1999, ASUNTO CABLE CONTRA EL REINO UNIDO; DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ASUNTO SMITH Y FORD CONTRA REINO UNIDO; DE 8 DE DICIEMBRE DE 1999, ASUNTO PELLEGRIN CONTRA FRANCIA; DE 27 DE JUNIO DE 2000, ASUNTO FRYDLENDER CONTRA FRANCIA; Y LA RESOLUCIÓN DE 2 DE MARZO DE 2000, ASUNTO GARRIDO GUERRERO CONTRA ESPAÑA

También ha tenido otras oportunidades el TEDH de pronunciarse sobre la aplicación del art. 6.1 de la Convención (34). En algunas ocasiones, además, en relación con los Tribunales españoles.

La consideración del alcance de la relación de especial sujeción de los funcionarios o de la situación estatutaria, legal y reglamentaria, ha supuesto tradicionalmente que sus quejas frente a su empleador, la Administración, hayan sido tradicionalmente consideradas como cuestiones meramente internas, sin trascendencia real para el Derecho. Por ello, los funcionarios no gozaban de la posibilidad de impugnar las decisiones de la Administración en lo que afectaba a su situación funcional, supliéndose con la posibilidad de acudir hasta el Rey, como ha seguido ocurriendo en el ámbito militar. Relación meramente interna y participación en la formación de la voluntad de los poderes públicos, eran, en consecuencia, los elementos que determinaban el especial status jurídico de los miembros de la Función pública con respecto al Estado. No obstante, esta situación ha cambiado en virtud de la aplicación del artículo 6 del Convenio de Roma, aunque según la jurisprudencia del TEDH, esta norma no se aplica igual a los funcionarios y a los demás ciudadanos. Veamos algunas de las interpretaciones del alcance de este precepto en relación con los servidores públicos.

---

(34) Según este precepto, «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».

En la STEDH de 28 de octubre de 1998, *asunto Castillo Algar contra España* (35), el TEDH analiza si la Sala del Tribunal Militar Central español que enjuició al recurrente fue, en el caso concreto, un Tribunal imparcial a los efectos de lo prevenido en el art. 6.1 del Convenio. La demanda vino motivada porque dos de los miembros que formaron la Sala que condenó al recurrente por un delito contra la hacienda militar, habían formado parte previamente de la Sala que resolvió la apelación frente al auto de procesamiento. Dice el TEDH que si bien «no considera que existan elementos que prueben que cualquiera de ellos haya actuado con una opinión preconcebida» y que «por ello, no puede más que presumirse la imparcialidad personal de los interesados», lo cierto es que «en esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y, especialmente, a los procesados» (36). Es importante retener que esta doctrina es de plena aplicación tanto a los Tribunales civiles como a los órganos jurisdiccionales militares, es decir, que no se ha sentado esta doctrina porque el órgano forme parte de la jurisdicción militar. Queremos decir que el TEDH no cuestiona la validez de la actual organización de la Jurisdicción militar española que, en nuestra opinión, es plenamente conforme no sólo con los postulados del Convenio Europeo, sino con la Constitución española, más exigente en materia de garantía jurisdiccional para todos los ciudadanos, estén o no sometidos a la especial relación de sujeción que es el servicio militar (37).

En la STEDH de 28 de octubre de 1998, *asunto Castillo Algar contra España* (38), el demandante, teniente coronel de la Legión, fue procesado en 1989 por el Juez Togado Central acusado de haber creado, en perjuicio de la hacienda militar y en contra del art. 189.1 del Código Penal Militar español, un fondo pecuniario. Interpuesto recurso contra ese auto de procesamiento, el Tribunal Militar Central lo revocó y dictó auto de sobreseimiento en 1990. No obstante, el Fiscal recurrió ante el Tribunal Supremo en casación, cuya Sala quinta dictó sentencia de 20 de enero de 1992 (39), en la cual el TS consideró que, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, los

---

(35) Cito por la traducción española del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, marginal TEDH 51.

(36) Vid. los §§ 44 y 45 de esta sentencia.

(37) Opinión ésta de la constitucionalidad de la actual organización judicial militar puesta en duda por buena parte de la doctrina, pero que ha sido zanjada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas sentencias y que, por nuestra parte, consideramos plenamente adaptada al Texto de la Constitución, en cuanto no es más que desarrollo de la previsión contenida en el art. 117.5 del mismo, como hemos argumentado en «Presupuestos constitucionales de la Función militar», op. cit., págs. 361 y ss.

hechos «podían ser considerados, a los únicos fines de la instrucción y sin perjuicio de que pudieran ser fijadas ulteriores calificaciones, como constitutivos del delito contra la Hacienda militar». Contra esta sentencia se presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue inadmitido.

El Juez Togado Militar Central dictó, entonces, otro auto de procesamiento, que también fue recurrido ante el Tribunal Militar Central, que esta vez admitió el procesamiento a los fines señalados por la mencionada sentencia del Tribunal Supremo. Posteriormente, el Tribunal Militar Central condenó a este teniente coronel a tres meses y un día por la comisión de un delito contra la hacienda militar. El demandante ante el TEDH interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando que el Tribunal que lo había condenado no había sido imparcial, porque dos de los miembros togados habían formado parte de la Sala que había desestimado el recurso contra el auto de procesamiento.

La Sala quinta del TS rechazó el recurso (40) tanto porque el condenado no había recusado a los Jueces como porque la desestimación del recurso contra el procesamiento no podía considerarse como una actuación en orden a la instrucción de la causa y, por tanto, no era una razón que objetivamente comprometiera la imparcialidad de la Sala que le juzgó. El Tribunal Constitucional aceptó ese razonamiento y, en consecuencia, inadmitió el recurso de amparo presentado.

El TEDH distingue entre la imparcialidad en sentido subjetivo y en sentido objetivo. Habla de un criterio subjetivo en tanto se «trata de averiguar la relación personal de un juez concreto en una determinada ocasión, o según un criterio objetivo, tendente a asegurar que ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto» (§ 43), es decir, este aspecto objetivo «consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad» (§ 45).

En el aspecto subjetivo, el TEDH recuerda que, según su propia jurisprudencia, «la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario». Precisamente por ello, rechaza la tesis del demandante de que los dos Magistrados togados no fueran imparciales: «el Tribunal no considera que existan elementos que prueben que cualquiera de

---

(38) Cito esta *sentencia Castillo Algar* por la traducción española del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, marginal TEDH 51.

(39) *Repertorio Aranzadi* 2519, de 1992.

(40) STS, Sala 5.ª, de 4 de noviembre de 1994, *Repertorio Aranzadi* 9081.

ellos haya actuado con una opinión preconcebida. Por ello, no puede más que presumirse la imparcialidad personal de los interesados» (§ 44).

Es en el aspecto objetivo donde, según dice el TEDH, «incluso las apariencias pueden revestir importancia», porque «de ello depende la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables» (§ 45).

Aunque, para el TEDH, «el simple hecho de que un juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, por tanto, en sí mismo, justificar las aprensiones en cuanto a su imparcialidad», como ha establecido en sentencias anteriores (apartado 46) (41), sin embargo en este caso concreto, tiene un temor que considera objetivo, en el sentido de que los miembros del Tribunal Militar Central podrían haber sido influidos por la previa decisión del Tribunal Supremo para desestimar el segundo recurso contra el segundo auto de procesamiento y, además, formarían dos de los miembros de la Sala también parte del Tribunal cuando dictó la sentencia de condena. Por ello, «el Tribunal estima en consecuencia que, en las circunstancias del caso, la imparcialidad del Tribunal sentenciador podría suscitar serias dudas y que los temores del demandante al respecto podrían considerarse objetivamente justificados» (apartado 50).

Pero la Jurisdicción militar española ha superado otra decisión del TEDH, en el que no ha habido sentencia sino una *resolución* de inadmisión de la demanda presentada. Es la resolución de 2 de marzo de 2000, *asunto Garrido Guerrero contra España* (42). En este caso, se planteaba ante el TEDH que el Tribunal Militar Central no había actuado como un tribunal imparcial, porque uno de sus miembros jurídicos había sido también miembro de la Sala que se pronunció sobre un previo recurso contra el auto de procesamiento, y porque otro de los miembros togados había realizado ya en fase de plenario algunas investigaciones, que el recurrente alega que eran para completar la fase sumarial. En el primero de los aspectos, se separa el TEDH de la *sentencia Castillo Algar* de manera expresa porque considera que «en las circunstancias del caso, los temores de una falta de imparcialidad expresados por el demandante no están objetivamente justificados», mientras que en el otro asunto precedente había algunos datos que, aunque no se podía dudar de la imparcialidad de los jueces, aconsejaban su posterior abstención. En el segundo aspecto que hemos

---

(41) Menciona el propio TEDH su sentencia *Hauschildt contra Dinamarca*, de 24 de mayo de 1989.

(42) Publicada en español por el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, marginal TEDH 115.

mencionado, también se cita la *sentencia Castillo Algar* para decir, de acuerdo con ella, que la simple realización de algunos actos de instrucción en la fase de juicio no justifican por ese sólo hecho la duda sobre la imparcialidad.

Si, como acabamos de ver, en la *sentencia Castillo Algar*, realmente, no se está cuestionando la actuación de la Jurisdicción militar, sino una actuación judicial que habría podido ser exactamente igual ante la Jurisdicción penal ordinaria, en otras sentencias el TEDH sí se plantea realmente la validez de la tradicional organización y sumariedad de la jurisdicción militar, ideas unidas a los conocidos consejos de guerra. En tanto las actuaciones de las *Courts martials* del Derecho anglosajón siguen siendo en la actualidad como eran las de los tradicionales consejos de guerra del Derecho continental, el TEDH ha considerado que un Tribunal militar convocado conforme a la Ley británica reguladora del Ejército (*Royal Army Act*) de 1955 o a la legislación del Ejército del Aire (*Royal Air Force Act*), también de 1955, no responde «a las condiciones de independencia e imparcialidad enunciadas en el artículo 6.1 del Convenio, teniendo en cuenta, en concreto, el importante papel jugado en su organización por el oficial convocante, que estaba estrechamente ligado a las autoridades judiciales, era el superior jerárquico de los demás miembros del Tribunal militar y podía, aunque en circunstancias concretas, disolver éste y rehusar o ratificar su decisión», conforme a las sentencias de 25 de febrero de 1997, *asunto Findlay contra Reino Unido* (43), de 24 de septiembre de 1997, *asunto Coyne contra Reino Unido* (44) y de 18 de febrero de 1999, *sentencia Hood contra Reino Unido* (45). En la posterior *sentencia Smith y Ford contra Reino Unido* (46), de 29 de septiembre de 1999, tras reiterar idéntica doctrina, se añade que en todos estos casos (47) «el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] considera que los Tribunales militares que juzgaron a los demandantes no cumplieron con la independencia e imparcialidad requeridas por el artículo 6.1 del Convenio».

También interpreta el art. 6.1 de la Convención la STEDH de 8 de diciembre de 1999, *asunto Pellegrin contra Francia*. Aunque no resuelve

---

(43) Publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-I.

(44) Publicaciones del TEDH, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-V.

(45) Cito esta sentencia por la traducción española del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, marginal TEDH 6.

(46) Traducida al español en el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, marginal TEDH 41.

(47) Y en otro no publicado, citado por la última sentencia mencionada en el texto (§ 22), el asunto *Cable contra el Reino Unido*, STEDH de 18 de febrero de 1999.

un caso planteado por un militar, sino por un empleado civil del servicio exterior, lo cierto es que se establece una doctrina que se aplica expresamente por esta misma sentencia a los miembros de las Fuerzas Armadas. El TEDH había considerado en ocasiones anteriores que «las discusiones relativas a la contratación, la carrera y el cese de actividad de los funcionarios salen, por regla general, del campo de aplicación del artículo 6.1» del Convenio (48), o que este precepto del Convenio se aplica en asuntos funcionariales cuando se refiere exclusiva o principalmente a cuestiones pecuniarias (49), pero nunca a otras cuestiones relativas a la relación funcional, especialmente las que tengan carácter discrecional para el Estado (50). Por eso, «el Tribunal considera que, tal y como está, esta jurisprudencia supone un margen de incertidumbre», por lo que sienta un nuevo criterio con la intención de que haya una jurisprudencia uniforme y, para ello, acude a la distinción clásica entre funcionarios que ejercen labores vinculadas a la soberanía y aquellos otros que no participan directamente en el ejercicio del poder público (51).

La distinción doctrinal entre funcionarios que ejercen autoridad y los demás, que ha sido aceptada por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es una distinción frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia, por ejemplo, está presente en la doctrina francesa como una argumento que sigue matizando el ejercicio de determinadas categorías de derechos en su sistema de Función pública. Ciertamente, esta distin-

---

(48) STEDH de 24 de agosto de 1993, *asunto Massa contra Italia*. Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 265-B, párrafo 26.

(49) Así, cuatro SSTEDH de 2 de septiembre de 1997, *asuntos De Santa contra Italia, Laparlocia contra Italia, Nicodemo contra Italia y Abenavoli contra Italia*. Publicaciones del TEDH, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-V.

(50) SSTEDH de 9 de junio de 1998, *asunto Cazenave contra Francia*, Publicaciones del TEDH, *Recueil 1998-III*; 29 de julio de 1998, *asunto Le Calvez contra Francia*, Publicaciones del TEDH, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-V; 24 de agosto de 1998, *asunto Couez contra Francia*, Publicaciones del TEDH, *Recueil 1998-V*; 24 de agosto de 1998, *asunto Benkessiouer contra Francia*, Publicaciones del TEDH, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-V.

(51) Además se basa expresamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que ha acudido a esta distinción para interpretar los supuestos en los que debe darse el principio de la libre circulación de trabajadores, establecido en el Tratado constitutivo, también con respecto a los Poderes públicos.

Sobre esa jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, vid. Ricardo ALONSO GARCÍA, «¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública por los ciudadanos comunitarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 1992, págs. 599 y ss. Javier GUILLÉN CARAMÉS y Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas de los Estados miembros», *Revista de Administración Pública*, núm. 146, 1998, págs. 467 y ss.

ción conceptual surgió para poder permitir una mayor amplitud de derechos a una mayoría de funcionarios que no ejercen funciones diferentes a las del mundo privado, sobre todo en lo que se refiere a los derechos colectivos y al acceso a la jurisdicción (52). Ahora bien, en la mayoría de los ordenamientos europeos, ha desaparecido la consideración del ámbito funcional como una cuestión meramente interna y, por tanto, excluida de todo control extraño a la propia Administración (53).

Es decir, el TEDH ha revivido un viejo privilegio de la Administración, como es el de la insusceptibilidad de control jurisdiccional de las relaciones internas y, con ello, lejos de dar una solución adecuada, por ingeniosa que pueda parecer a primera vista, ha aceptado conceptos que claramente habían sido superados por los principales ordenamientos internos de los países europeos. En palabras del Tribunal, se «decide que únicamente se sustraerán del campo de aplicación del artículo 6.1 del Convenio los litigios de los funcionarios cuyo empleo esté caracterizado por actividades específicas de la Administración pública en la medida en que ésta actúa como poseedora del poder público encargado de la protección de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Un ejemplo claro de tales actividades lo constituirían las Fuerzas Armadas y la policía», concluye el TEDH (54).

La doctrina de la *sentencia Pellegrin* ha sido reiterada después por el TEDH, concretamente en la posterior STEDH de 27 de junio de 2000, *asunto Frydlender contra Francia* (55).

---

(52) Por ejemplo, ÁLVAREZ-GENDÍN clasifica a los funcionarios distinguiendo entre *funcionarios de autoridad* y los demás, a los que denomina como *funcionarios de gestión*; vid. Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, «Tratado general de Derecho administrativo», tomo III, Bosch, Barcelona, 1973, pág. 193.

(53) Como recuerda Javier BARNÉS VÁZQUEZ sobre el ordenamiento alemán, «no están exentas del artículo 19.IV las relaciones especiales de sujeción (v. gr., las que guarda el funcionario, o cualquier otro empleado público; el preso; el estudiante; o las derivadas del uso de un establecimiento público; etc.). Para la dogmática actual, tales relaciones son tan jurídicas y justiciables como las relaciones de supremacía general. Los actos que se produzcan en el seno de una relación especial de sujeción no están sustraídos al control de los jueces y tribunales». Vid. «La tutela judicial efectiva en la *Grundgesetz* (artículo 19.IV)», en la obra coordinada por este autor «La Justicia administrativa en el Derecho comparado», Civitas, Madrid, 1993, págs. 158-159.

(54) STEDH de 8 de diciembre de 1999, *asunto Pellegrin contra Francia*, párrafos 60 a 65. Cito por la traducción española del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, marginal TEDH 65.

(55) Su traducción española se encuentra en el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, marginal TEDH 146. En el § 33 de esta sentencia, se reitera literalmente la doctrina de la *sentencia Pellegrin*, transcrita en el texto, incluida la mención al personal de las Fuerzas Armadas.

VI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS SENTENCIAS DE 16 DE DICIEMBRE DE 1992, ASUNTO HADJIANASTASSIOU CONTRA GRECIA; DE 19 DE DICIEMBRE DE 1994, ASUNTO VEREINIGUNG DEMOKRATISCHER SOLDATEN OSTERREICHS (ASOCIACIÓN DEMOCRÁTICA DE SOLDADOS AUSTRÍACOS) Y GUBI CONTRA AUSTRIA; Y DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1997, ASUNTO GRIGORIADES CONTRA GRECIA

Otra doctrina esencial en materia de derechos del personal militar, es la que se establece por el TEDH sobre la libertad de expresión de los militares, concretamente en las sentencias de 16 de diciembre de 1992, *asunto Hadjianastassiou contra Grecia*; de 19 de diciembre de 1994, *asunto Vereinigung demokratischer Soldaten Osterreichs (Asociación Democrática de Soldados Austríacos)* y *Gubi contra Austria* y de 25 de noviembre de 1997, *asunto Grigoriades contra Grecia*. En estas resoluciones, el TEDH se pronuncia sobre la libertad de expresión y la aplicación del artículo 10 del Convenio que contempla la citada libertad, al personal militar, considerando que la libertad de expresión, tal y como está protegida por el artículo 10, vale tanto para los militares como para las demás personas pertenecientes a los Estados parte. Ahora bien, los Estados parte pueden realizar injerencias en el ámbito de la libertad de expresión de su personal militar, dentro de los límites establecidos en el artículo 10.2 del Convenio, que se resume en el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) La restricción de la libertad de expresión ha de estar prevista por la Ley. Para ello, tiene que haber una base jurídica suficiente que permita a los interesados poder prever con un grado razonable de certeza los efectos jurídicos de su conducta.

b) Debe estar amparada por la legitimidad del fin buscado, por ejemplo para proteger la seguridad nacional o el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas.

c) La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática. Aquí está el difícil equilibrio entre la plenitud de la titularidad de los derechos fundamentales para quienes están sometidos a una relación especial de sujeción y la salvaguarda de otros valores constitucionales, en este caso la disciplina militar.

Si se estableció en la sentencia *Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995 (56) que «la libertad de expresión constituye uno de los

---

(56) Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 323, § 52.

fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno», el TEDH ha aplicado esas consideraciones en particular a la vida militar, diciendo expresivamente que la libertad de expresión no se queda a la puerta de los recintos militares (57):

«El artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles. Vale para el personal militar como para todas las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte. No obstante, como ha dicho el Tribunal en otras ocasiones, debe estar abierta para el Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera amenaza para la disciplina militar, porque el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a salvaguardar esta disciplina».

En la sentencia de 16 de diciembre de 1992, *asunto Hadjianastassiou contra Grecia* (58), el TEDH se pronuncia sobre un supuesto en el que el Sr. Hadjianastassiou era un ingeniero aeronáutico griego que prestaba servicios en el Ejército de su país como oficial y que fue condenado por la Justicia griega como culpable de divulgar secretos militares por haber revelado a una empresa privada un estudio sobre misiles guiados, basado en un previo estudio realizado por el actor para el ejército griego. En este caso el TEDH considera que las posibles restricciones a la libertad de expresión y las injerencias del Estado en este derecho, estarán permitidas por el Convenio en tanto que tengan su fundamento en la consideración de las peculiaridades de la vida militar, de los «deberes» y de las «responsabilidades» específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados, que implican en supuestos como este una obligación de reserva en relación con todo lo que afecta al ejercicio de las funciones desempeñadas.

En la sentencia de 19 de diciembre de 1994, *asunto Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs (Asociación Democrática de Soldados Austríacos) y Gubi contra Austria*, interpreta el TEDH (59) los artículos 10, 13,

---

(57) Sentencia de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades contra Grecia* (§ 45), con cita de la sentencia *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria*, de 19 de diciembre de 1994, § 36.

(58) Cito esta Sentencia por su publicación oficial en inglés y francés; publicaciones del TEDH, serie A, vol. 252. En español puede verse un resumen en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 183, julio de 1996, págs. 200-203.

(59) Cito esta Sentencia por su publicación oficial en inglés y francés. Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A, vol. 302, 1995.

14 en relación con el 10 y 50 de la Convención. En resumen, la Asociación Democrática de Soldados Austríacos edita una revista semanal llamada *der Igel*, que contiene información y artículos de opinión sobre la vida militar, con frecuencia de contenido crítico. En 1987, la asociación solicitó al Ministro de Defensa que se distribuyera *der Igel* en los recintos militares, de manera semejante a como se hacía con las otras únicas dos revistas editadas por asociaciones privadas (denominadas *Miliz-Impuls* y *Visier*), ya que las Fuerzas Armadas habían adoptado la práctica de suministrar a sus expensas estas dos revistas, junto con el boletín oficial de información editado por las propias Fuerzas Armadas, el *Miliz-Information*).

El Ministro no resolvió expresamente sobre esta petición, pero en 1989 explicó por escrito, en contestación a una pregunta parlamentaria, que no autorizaría la difusión de *der Igel* en los recintos militares, porque si bien los militares tienen el derecho de recibir información de cualquier tipo por los mismos medios que los demás ciudadanos, para que las Fuerzas Armadas las suministren y adquieran, es necesario que se identifiquen aunque sea mínimamente con los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas, no dañen su buen nombre y no cedan espacio a los partidos políticos. En apoyo de esta decisión, el Ministro mencionó, del mismo modo que luego lo hizo el Estado austriaco ante el TEDH, diversos preceptos jurídicos contenidos en la Constitución, en las leyes militares y penales y en las Ordenanzas militares (*Allgemeine Dienstvorschriften für das Bundesheer*), con el argumento además de que los cuarteles y los recintos militares pertenecen al Estado y éste puede decidir por ello qué medios de comunicación suministra a sus expensas y gratuitamente a los militares en su interior.

Con respecto al segundo demandante, el Sr. Gubi, presentó ante diversas autoridades militares varias quejas desde el momento mismo en el que inició la prestación de su servicio militar obligatorio en julio de 1987. Estas quejas se referían a la dureza de las obligaciones militares que se le imponían y otras circunstancias. Se le informó personalmente del contenido del Derecho militar aplicable a su situación. Además, en diciembre de 1987, mientras distribuía un número del *Igel* en su cuartel, un oficial le ordenó cesar en esa actividad. Se dio la circunstancia de que fue informado en enero de 1988 de varias circulares de 1975 y 1987, así como del reglamento del cuartel de Schwazenberg, en el que prestaba su servicio militar, que había sido modificado el día 4 de enero de 1988, que prohibía la distribución de publicaciones dentro del cuartel sin el permiso del comandante del mismo.

A finales de enero de 1988, el Sr. Gubi presentó una queja contra la mencionada prohibición y contra la previa orden recibida de no distribuir

el *Igel*, ante la comisión de quejas del Ministerio de Defensa (*Beschwerdekommission in militärischen Angelegenheiten*). Esta Comisión desestimó la queja porque consideró, por un lado, que la orden recibida se corresponde con el derecho de propiedad que corresponde al Estado sobre los cuarteles y cuyas facultades dominicales son ejercidas por el comandante de conformidad con la Ley Fundamental de 1867, así como con las Ordenanzas militares y, más concretamente, con una circular de 1987. Por otro lado, la Comisión consideró sobre la libertad de expresión prevista en el artículo 13 de la Ley Fundamental de 1867, que este derecho está sometido a los «límites legales» previstos por la legislación de las Fuerzas Armadas y que se derivan de la naturaleza misma de la relación especial de sujeción (*besonderes Gewaltverhältnis*) que une al militar con el Estado.

El Sr. Gubi recurrió ante el Tribunal Constitucional tanto la desestimación de su queja como un arresto de tres días que se le impuso como sanción disciplinaria por haber distribuido el *Igel* en el cuartel. El Tribunal Constitucional consideró que no había materia constitucional en el primer recurso y lo inadmitió. No obstante, en la misma fecha anuló el previo arresto en la consideración de que uno de sus fundamentos jurídicos era el reglamento interno del cuartel de Schwazenberg y que éste había sido modificado en enero de 1988 y, por tanto, con posterioridad al momento de comisión de la conducta sancionada.

Respecto a las decisiones jurídicas del Tribunal Europeo, esta sentencia parte de una consideración de carácter general, recordando la doctrina que previamente había sido sentada en la sentencia *Hadjianastassiou contra Grecia*:

«La libertad de expresión es aplicable tanto a los militares como a las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte» (§ 27).

Ahora bien, el propio artículo 10.2 del Convenio ha previsto que el ejercicio de la libertad de expresión pueda estar sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. En suma, permite que el Estado pueda en determinadas circunstancias realizar injerencias o interferencias, pero que sólo serán legítimas siempre que reúnan tres condiciones, que consisten en que han de estar previstas por la ley, tienen que perseguir los fines previstos por el art. 10.2 de la Convención y deben aparecer con un juicio de razonabilidad que las haga necesarias en una sociedad democrática.

La primera de estas condiciones es que tiene que estar prevista por la ley. El TEDH se limita a observar que existen normas escritas, que tienen carác-

ter general y que regulan con suficiente detalle las situaciones jurídicas particulares. Por ello, como los interesados pueden prever en un grado razonable los efectos jurídicos de su conducta y, además, hay una base jurídica suficiente, se ha respetado esta previsión del art. 10.2 de la Convención.

Respecto al segundo requisito, se pregunta el Tribunal si la injerencia del Estado en la libertad de expresión persigue un fin legítimo en este caso concreto. Para contestar esta cuestión, el TEDH utiliza una sola frase, con cita de la *sentencia Engels* de 1976. La decisión enjuiciada fue tomada manifiestamente para defender el orden en las Fuerzas Armadas y este es un fin legítimo a los efectos del art. 10.2 del Convenio, según se considera en los parágrafos 32 y 47 de esta sentencia.

Sobre la necesidad en una sociedad democrática, el TEDH recuerda, citando la doctrina de las sentencias *Observer y Guardian contra el Reino Unido* y *Castells contra España* (60), que la libertad de expresión es también aplicable cuando la información o las ideas expresadas chocan, molestan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población, como exteriorización del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay una verdadera «sociedad democrática».

Esto que tiene un valor de carácter general, considera el Tribunal que también es así cuando afecta a quienes son militares, porque el artículo 10 del Convenio se les aplica a ellos como a las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte en el Convenio. Sin embargo, añade el Tribunal recordando las sentencias *Engels contra Holanda* y *Hadjianastassiou contra Grecia*, el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede concebir sin unas reglas jurídicas que salvaguarden la disciplina militar, por ejemplo por medio de expresiones escritas (§ 36).

Aquí está el difícil equilibrio entre la plenitud de la titularidad de los derechos fundamentales para quienes están sometidos a una relación especial de sujeción y la salvaguarda de otros valores constitucionales, en este caso la disciplina militar.

En este caso concreto, el Tribunal de Estrasburgo consideró que el contenido del *Igel* en efecto era polémico e incitaba a presentar recursos y quejas, pero esto es compatible con la disciplina porque no llegaba hasta el punto de promover la indisciplina por medio de la desobediencia o hasta cuestionar la utilidad de las Fuerzas Armadas. Por ello, como las Fuerzas Armadas distribuían en aquella época gratuitamente no sólo sus propias

---

(60) SSTEDH *Observer y Guardian contra el Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991 (Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 216) y *Castells contra España*, de 23 de abril de 1992 (Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 236).

publicaciones, sino también las de las otras asociaciones de militares y sólo se excluía al *Igel*, el Tribunal considera que se había vulnerado el artículo 10 del Convenio.

En cuanto a las actividades del Sr. Gubi, el TEDH consideró que el *Igel* que esta persona intentó distribuir nunca cuestionó ni el deber de obediencia ni el sentido del servicio militar. Si a ello le unimos que en el caso concreto las actividades del Sr. Gubi sólo afectaron al cuartel de Schwazenberg, para el TEDH no hubo amenaza seria para la disciplina militar y, por ello, las medidas adoptadas fueron desproporcionadas al fin perseguido y hubo violación del artículo 10 del Convenio (61).

En la sentencia de 25 de noviembre de 1997, *asunto Grigoriades contra Grecia* (62), interpreta el TEDH los artículos 7, 10 y 50 de la Convención. Sistemáticamente, las decisiones jurídicas que realiza el TEDH se pueden ordenar del siguiente modo:

Como la restricción de un derecho fundamental tiene que estar prevista por la ley, se dice en el § 37 de la sentencia que: «El Tribunal reitera que, según su jurisprudencia, el Derecho interno aplicable debe estar formulado con suficiente precisión para permitir a las personas a las que afecte, prever en un grado razonable y conforme a las circunstancias, las consecuencias que supone una acción determinada».

La injerencia está prevista por la ley a los efectos del Convenio si la norma, aunque esté redactada en términos genéricos, permite al interesado comprender que una acción puede tener consecuencias penales (§38).

En cuanto a la concurrencia de un fin legítimo, se dice que «el Tribunal no tiene duda que una defensa militar efectiva requiere el manteni-

---

(61) Merece que nos detengamos un momento en hacer una referencia a los dos breves votos particulares que acompañan a esta sentencia.

El primero, suscrito por uno de los jueces, considera una evidencia que, como se dice en el párrafo 36 de esta sentencia, «el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a prevenir los incumplimientos de la disciplina militar». Por eso, la orden de no distribuir el *Igel* debía ser cumplida por el Sr. Gubi, ya que sólo afectaba al interior de su cuartel y, en esa estricta medida, era una orden legítima dada por un oficial y que entra dentro de las previsiones del artículo 10 del Convenio.

El segundo voto particular, suscrito por dos jueces, considera que no ha habido en este caso una vulneración de lo previsto en el artículo 10 del Convenio, por dos motivos. Uno, porque se protege la libertad de expresión y de información por el Convenio, pero esto no equivale a que una autoridad pública esté obligada a dar difusión a una determinada publicación. Además, porque los soldados tenían la oportunidad de adquirir esa publicación y no se les prohibía su lectura en el cuartel.

(62) Cito esta Sentencia por su publicación oficial en inglés y francés. Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-VII.

miento de un nivel apropiado de disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas y juzga en consecuencia que la injerencia realizada perseguía en todo caso un fin legítimo, proteger la seguridad nacional y el orden público, como invocaba el Gobierno» (§ 41).

El tercer requisito de validez de una restricción de derechos fundamentales es que aparezca como necesaria en una sociedad democrática.

Sobre este aspecto, comienza el TEDH (§ 44) citando su anterior sentencia *Vogt contra Alemania* (63):

«La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno».

Tras esa declaración general, aplica esas consideraciones en particular a la vida militar, diciendo expresivamente que la libertad de expresión no se queda a la puerta de los cuarteles (§ 45):

«El artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles. Vale para el personal militar como para todas las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte. No obstante, como ha dicho el Tribunal en otras ocasiones, debe estar abierta para el Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera amenaza para la disciplina militar, porque el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a salvaguardar esta disciplina (sentencia *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria*, de 19 de diciembre de 1994, § 36)».

En el caso concreto, el TEDH consideró que aun cuando la carta escrita por el Sr. Grigoriades contenía algunas expresiones impertinentes y virulentas contra las Fuerzas Armadas griegas, como esta carta no se publicó ni tuvo ninguna difusión, «el Tribunal considera insignificante el impacto objetivo que ha tenido en la disciplina militar» (§ 47). Esta decisión motivó, como puede comprenderse, multitud de votos particulares a esta sentencia.

---

(63) Sentencia de 26 de septiembre de 1995, Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 323, § 52.

## VII. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA APLICADA A LA LIBERTAD RELIGIOSA. LA SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1998, ASUNTO LARISSIS Y OTROS CONTRA GRECIA

Los principios a los que venimos haciendo referencia valen no sólo para la libertad de expresión, sino que, en general, las limitaciones de derechos deben estar presididas por las mismas ideas rectoras hasta aquí enunciadas. Por tanto, para que cualesquiera otras restricciones de derechos puedan adoptarse legítimamente, son necesarios estos principios que hemos enumerado y que se han plasmado en la jurisprudencia del TEDH.

Así, con respecto a la libertad religiosa, la Sentencia de 24 de febrero de 1998, *asunto Larissis y otros contra Grecia*, reitera la doctrina sostenida por el Tribunal de Estrasburgo en las sentencias anteriores con respecto a qué debe entenderse por restricción prevista por la ley. Sobre el fin legítimo, el TEDH considera que en este caso las medidas penales adoptadas por los Tribunales internos estaban dirigidas hacia el fin legítimo de proteger los derechos y las libertades de terceros.

Respecto al requisito de que la medida restrictiva sea necesaria en una sociedad democrática, considera el TEDH que la libertad religiosa tiene un aspecto que afecta al fuero interno, a la propia conciencia, pero también se refiere a la libertad de manifestar la propia religión, lo cual incluye el derecho de intentar convencer a otros. No obstante, no supone el proselitismo malintencionado o abusivo. Por ello, aunque el Convenio vale tanto para los militares como para los demás ciudadanos, lo cierto es que las particularidades de la vida militar tienen consecuencias sobre la situación del personal que integra las Fuerzas Armadas. La estructura jerarquizada es una característica de las Fuerzas Armadas y de la condición militar, lo que hace que las relaciones entre sus miembros estén matizadas por esa jerarquía. De este modo, lo que entre civiles puede no suponer más que una mera discusión ideológica que se puede aceptar o rechazar, sin embargo, en el ámbito militar puede ser percibido como una forma de presión a través de un abuso de poder. Por ello, el Estado puede adoptar medidas para proteger los derechos de quienes están subordinados con respecto a sus superiores.

En esta decisión, de 24 de febrero de 1998, *asunto Larissis y otros contra Grecia*, el TEDH interpreta los arts. 7, 9 y 50 de la Convención. Veamos las principales decisiones jurídicas del TEDH.

Prevista por la ley. En este punto, reitera el TEDH la doctrina sostenida en las sentencias anteriores. En este caso, considera que la mención que el art. 9.2 realiza a la necesaria previsión por la ley se refiere a que la

norma sea accesible para su destinatario y que éste haya podido ajustar a la misma su actuación porque es bastante precisa para ser comprendida.

Fin legítimo. El TEDH considera que en este caso las medidas penales adoptadas por los Tribunales internos estaban dirigidas hacia el fin legítimo de proteger los derechos y las libertades de terceros.

Necesaria en una sociedad democrática. Para el TEDH, la libertad religiosa tiene un aspecto que afecta al fuero interno, a la propia conciencia, pero también se refiere a la libertad de manifestar la propia religión, lo cual incluye el derecho de intentar convencer a otros. No obstante, no supone el proselitismo malintencionado o abusivo.

Por ello, aunque el Convenio vale tanto para los militares como para los demás ciudadanos, lo cierto es que las particularidades de la vida militar tienen consecuencias sobre la situación del personal que integra las Fuerzas Armadas. La estructura jerarquizada es una característica de las Fuerzas Armadas y de la condición militar, lo que hace que las relaciones entre sus miembros estén matizadas por esa jerarquía. De este modo, lo que entre civiles puede no suponer más que una mera discusión ideológica que se puede aceptar o rechazar, sin embargo, en el ámbito militar puede ser percibido como una forma de presión a través de un abuso de poder. Por ello, el Estado puede adoptar medidas para proteger los derechos de quienes están subordinados con respecto a sus superiores (64).

#### VIII. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA EN EL SENO DE LAS FUERZAS ARMADAS. LAS DOS SENTENCIAS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ASUNTO SMITH Y GRADY CONTRA REINO UNIDO Y ASUNTO LUSTIG-PRENAN Y BECKETT CONTRA REINO UNIDO

También se ha pronunciado el TEDH sobre la igualdad de los miembros de las Fuerzas Armadas y, en las mismas sentencias, sobre el derecho al respeto a la vida privada y hasta dónde podría considerarse legítima la intromisión por parte del Estado en ese ámbito de privacidad.

---

(64) Sobre esta doctrina, vid. Fernando ALCANTARILLA HIDALGO, «La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares: Libertad religiosa y aconfesionalidad estatal», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 70, 1997, págs. 13 y ss., especialmente, págs. 30-32.

Es el caso de las dos sentencias de 27 de septiembre de 1999, *asunto Smith y Grady contra el Reino Unido* y *asunto Lustig-Prenan y Beckett contra el Reino Unido*.

En estas sentencias, el Tribunal de Estrasburgo ha condenado a Gran Bretaña por la expulsión de estos miembros de la Fuerza Aérea y de la Marina Real, respectivamente (65) y, aunque se pronuncian sobre un aspecto muy específico ya que, en concreto, estas sentencias del TEDH se refieren a la expulsión del Ejército de los homosexuales, lo cierto es que contienen principios generales sobre el derecho a la igualdad referido a los miembros de las Fuerzas Armadas y sobre la prohibición de todo trato discriminatorio, así como sobre el derecho al respeto de la vida privada y la protección frente a las intromisiones de los poderes públicos.

En resumen, el Gobierno, los Tribunales y el Parlamento británicos venían considerando que las peculiaridades de la vida militar y las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas justificaban la absoluta prohibición tanto de ingreso como de permanencia en las mismas de quienes fueran homosexuales y, en consecuencia, o bien no se permitía el acceso a la milicia o bien se realizaba la expulsión de quienes, ya en filas, tuvieran tales tendencias. En los supuestos planteados ante el TEDH, se trataba de militares que fueron sometidos a diversas investigaciones sobre estas circunstancias, que supusieron diversos interrogatorios e investigaciones tanto de los sujetos afectados como de terceras personas y la elaboración de diversos informes, hasta llegar a un informe final, tras el cual fueron expulsados de la *Royal Air Force*, en el caso de la *sentencia Smith y Grady contra el Reino Unido*, y de la *Royal Navy* en el otro supuesto, en la *sentencia Lustig-Prenan y Beckett contra el Reino Unido*.

El TEDH considera que esta situación ha supuesto la existencia de una injerencia del derecho al respeto de la vida privada, conforme a lo previsto por el artículo 8 del Convenio (66). Ahora bien, ese mismo precepto contempla las potenciales excepciones que vienen posibilitadas, como ocurre en otros casos de excepciones previstas por el Convenio, por el principio de que es necesario que exista una regulación y porque sea una medida de absoluta necesidad en una normal sociedad democrática, bien por razones de interés general o porque sea necesario para proteger los

---

(65) Vid. Lorenzo COTINO HUESO, «La singularidad militar y el principio de igualdad: Las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 104-105, en nota.

(66) Conforme al art. 8.1: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». En esta STEDH se interpreta el primer inciso de este precepto.

derechos de otros ciudadanos (67). Una vez realizada la argumentación sobre dicha injerencia y decidido por el Tribunal que no concurre ninguna de las causas de excepción, analiza esta circunstancia desde la perspectiva del artículo 14 del Convenio, que prohíbe cualquier discriminación (68), pero considera que los razonamientos realizados ya implican también haber argumentado conforme al principio de igualdad, por lo que no se añadiría nada nuevo a la resolución del caso concreto pero, eso sí, considerando que ha habido violación del artículo 14 del Convenio.

La injerencia en el derecho fundamental será sólo válida, en este como en otros casos, cuando conforme al artículo 8 del Convenio haya sido prevista por la ley, persiga un fin legítimo y sea necesaria en una sociedad democrática.

Sobre el primer aspecto, considera el TEDH que la política británica en cuestión había sido legalmente consagrada por el ordenamiento, por lo que se había cumplido esta condición, según dice la sentencia en el párrafo 73.

En cuanto al aspecto de la consecución de un fin legítimo, dice la sentencia en el párrafo 74 que «para el Tribunal, se podía por lo tanto considerar que a este respecto, las injerencias que resultaron de ello perseguían los fines legítimos que son la «seguridad nacional» y la «defensa del orden»».

Lo importante es, por tanto, conocer si la injerencia se hacía necesaria en una sociedad democrática, puesto que concurren todos los demás elementos que justifican la injerencia en un derecho fundamental. Reitera el TEDH la doctrina de la *sentencia Engels*, recordando que para asegurar la eficacia operativa del Ejército, cada Estado tiene competencia para organizar su sistema de disciplina militar y tiene en consecuencia, como es lógico, un margen de apreciación al respecto. A esto se debe añadir, según esta sentencia dice en el párrafo 89, que sienta una doctrina aplicable no sólo en este caso concreto, sino con carácter general para cualquier restricción de un derecho fundamental, que

---

(67) Según el art. 8.2 del Convenio: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

(68) «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», dice el art. 14 del Convenio.

«el Estado puede imponer restricciones al derecho de una persona al respeto de su vida privada allí donde exista una amenaza real para la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, ya que no se concibe el buen funcionamiento de un ejército sin reglas jurídicas destinadas a impedir que el personal militar le perjudique».

Siempre que haya un bien superior a proteger, se puede restringir o limitar el ejercicio de un derecho fundamental, aunque nunca su titularidad, porque, como hemos dicho en otro sitio (69), la idea de que esas limitaciones han sido aceptadas voluntariamente por el militar desde el momento en el que es reclutado —voluntaria u obligatoriamente, tanto da— es, jurídicamente, insostenible, porque sería tanto como decir que desde el momento de vestir el uniforme, un titular de los derechos fundamentales renuncia a los mismos, cuando la renuncia a los propios derechos, según la Teoría general del Derecho, sólo puede producirse cuando no contraría el interés o el orden público ni perjudique a terceros y pertenece totalmente al orden público en su aspecto jurídico el respeto a los derechos fundamentales, porque es más, en el caso de los derechos fundamentales nos encontramos con un tipo de derechos inherentes a la condición humana o de ciudadano y, por tanto, genéricamente irrenunciables por cualquier persona y, en consecuencia, también por los funcionarios y por los militares. La entrada en el seno de las Fuerzas Armadas implica un sometimiento a un régimen jurídico más restrictivo para los propios derechos que el de todos los demás ciudadanos libres, pero no puede significar, en ningún caso, la renuncia a los propios derechos.

En esta sentencia también incide el TEDH en la misma idea, cuando dice en el párrafo 71 con ánimo de dar por supuesto algo evidente, que

«el Tribunal señala que el Gobierno no mantiene que los demandantes, al entrar en el ejército hubieran renunciado a los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio».

Ahora bien, aunque se pueda imponer restricciones de ejercicio con respecto a determinados derechos fundamentales, para salvaguardar un bien protegido jurídicamente que el ordenamiento haya considerado como superior o prevalente, lo cierto es que este argumento no puede ser un

---

(69) Vid. Joaquín M.<sup>a</sup> PEÑARRUBIA IZA, «Presupuestos constitucionales de la Función militar», op. cit., págs. 91-92.

lugar común desde el cual intentar restringir genéricamente una indeterminación de derechos (70). Así lo estima también esta sentencia. Para el TEDH, es cierto que para el buen funcionamiento de la institución militar son necesarias reglas que, para preservar la eficacia de las Fuerzas Armadas, mantengan la sujeción del personal. Pero esto no es, ni mucho menos, un cheque en blanco, porque, como recuerda inmediatamente el Tribunal,

«Sin embargo, las autoridades nacionales no pueden apoyarse en tales reglas para poner obstáculos a los miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de su derecho al respeto a su vida privada, que se aplica tanto a los militares como a las otras personas que se encuentran bajo jurisdicción del Estado. Además, las afirmaciones en cuanto a la existencia de un riesgo para la eficacia operativa deben ser apoyadas por ejemplos concretos».

## IX. REFLEXIÓN FINAL

Comenzamos, pues, este trabajo con la mención de la *sentencia Engel*, que fue la que primeramente estableció que es posible para los Estados restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales cuando se trata del personal militar. Y terminamos con otra sentencia que, partiendo de ese mismo argumento, profundiza en él y lo termina de perfilar, admitiendo esas posibles restricciones, cierto, pero siempre que se tome como punto de partida la existencia de las libertades esenciales y la plenitud de la aplicación a todos los ciudadanos, militares o no, de todos los derechos fundamentales, porque el Estado no tiene un poder ilimitado para modular o restringir esos derechos, más que en los casos en que haya un bien público verdaderamente digno de protección en el otro lado de la balanza.

En definitiva, porque los derechos fundamentales son tales, nada más y nada menos, porque en nuestra cultura jurídica son considerados como derechos inherentes a la condición humana, fundamento del orden jurídico y de la paz social.

---

(70) Cfr. Ignacio DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», publicado con otro trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO con el común título de «Derechos fundamentales y Constitución», Civitas, Madrid, 1988, págs. 152-153. Luis AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pág. 19.