Roj: **STS 4492/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4492**

Id Cendoj: **28079150012010100111**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **12/07/2010**
Nº de Recurso: **10/2010**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **CASACIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR**
Ponente: **JAVIER JULIANI HERNAN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMC, Madrid, 15-10-2009 (Recurso 134/2007), STS 4492/2010**

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Julio de dos mil diez.

Visto el recurso de casación que con el número 201/10/2010, ante esta Sala pende, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Domingo José Collado Molinero en nombre y representación de Don Hipolito , contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2009, dictada en el Recurso Contencioso Disciplinario Militar ordinario número 134/07, por el Tribunal Militar Central, por una falta grave consistente en "hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y realizarlas a través de los medios de comunicación social", prevista en el número 18 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas . Comparece. ante esta Sala, en calidad de recurrido, el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, en la representación que le es propia. Han dictado Sentencia los Excmos. Sres. Magistrados que al margen se relacionan, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernan, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don Hipolito interpuso recurso contencioso disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Militar Central, contra la resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de 26 de Julio de 2007, por la que, ante el recurso de alzada del recurrente, se confirmaba la resolución dictada por el Excmo. Sr. General de Ejército JEME, de fecha 16 de enero de 2007, que le imponía la sanción de un mes y un día de arresto en establecimiento disciplinario militar como autor de las faltas graves consistentes en "hacer manifestaciones contrarias a la disciplina" y "realizarlas a través de los medios de comunicación social", previstas en el art. 8.18 de la Ley Orgánica 8/98 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armada .

SEGUNDO.- El Tribunal Militar Central resolviendo el Recurso Contencioso Disciplinario Militar ordinario número 134/07, dictó sentencia el día 15 de octubre de 2009 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que debemos desestimar y desestimamos, el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario nº 134/07, interpuesto por el Brigada del Ejército de Tierra DON Hipolito , contra la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa, de 26 de julio de 2007, por la que se confirmó la anteriormente dictada por el Excmo. Sr. General de Ejército JEME, de 16 de enero de 2007, que imponía al expedientado, hoy demandante, la sanción de un mes y un día de arresto en Establecimiento Disciplinario Militar, como autor responsable de una falta grave consistente en "Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y realizarlas a través de los medios de comunicación social" prevista en el apartado 18 del art. 8 de la Ley Orgánica 8/98 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , resoluciones ambas que confirmamos por ser ajustadas a Derecho".

TERCERO.- Dicha sentencia contiene la siguiente relación de hechos probados:

"El Brigada DON Hipolito , con destino en el Centro de Enseñanza de Helicópteros de Colmenar Viejo (Madrid), realizó una serie de manifestaciones, en rueda de prensa celebrada en el edificio de los sindicatos en A Coruña, ante diversos medios de comunicación, el pasado día 28 de marzo de 2006.

En relación con el accidente de helicóptero sucedido en Afganistán, en el mes de agosto de 2005, en el que fallecieron diecisiete militares españoles, manifestó que los militares de la BRILAT "también se han quejado del trato que están recibiendo por parte de sus superiores". También añadió que después del siniestro "se adoptaron medidas especiales para acallar y limitar la libertad de expresión de los soldados, que ya está bastante limitada".

Finalmente, reivindicó "que los militares pueden tener los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano", denunciando la actitud "de tutela paternalista" que siempre ejerció el Ministerio de Defensa sobre las reivindicaciones de los militares.

Todas estas manifestaciones aparecieron publicadas en prensa escrita, en sus ediciones del día 29 de marzo, y difundidas en Internet".

Así:

En el Diario "La Opinión" en el artículo, se recoge que el Brigada Hipolito dijo que los DE DEFENSA militares de la BRILAT "también se han quejado del trato que están recibiendo por parte de sus superiores" desde el accidente de helicóptero en el que en agosto murieron 17 soldados, 10 de ellos gallegos, en Afganistán.

Según Hipolito -sigue diciendo el artículo del periódico-, después del siniestro "se adoptaron medidas especiales para acallar y limitar la libertad de expresión de los soldados" en lo referente a esta cuestión.

Por último -añade La Opinión-, reivindicó, en general, "que los militares puedan tener los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano" según Hipolito , quien además habló de la actitud "de tutela paternalista" que siempre ejerció el Ministerio de Defensa sobre las reivindicaciones de los militares.

En el Diario de Pontevedra, bajo el Título "Denuncian medidas para acallar a la Brilat" se dice que, en rueda de prensa, Hipolito , indicó que después del siniestro se adoptaron medidas especiales con los militares para "acallarles y limitarles la libertad de expresión, que ya está bastante limitada.

En La Voz de Galicia, en información de EFE/A Coruña, se recoge que en una rueda de prensa, Hipolito , dijo tras el siniestro se tomaron "medidas especiales" con los militares de Pontevedra para "acallarlos y limitarles la libertad de expresión, que ya está bastante limitada".

En el periódico El Faro de Vigo, el artículo bajo el Título "Militares denuncian las malísimas condiciones de la Brilat en Afganistán", se refleja que Hipolito destacó que los militares de la Brigada Ligera Aerotransportable "también se han quejado del trato que están recibiendo por parte de sus superiores" desde el accidente de helicóptero en el que en agosto de 2005 murieron 17 soldados en Afganistán.

Según Hipolito -sigue diciendo la información periodística- después del siniestro "se adoptaron medidas especiales para acallar y limitar la libertad de expresión de los soldados" en lo referente al accidente. Sobre esta cuestión criticó que el Ministerio de Defensa "primase la identificación de los cadáveres sobre la investigación del siniestro".

En último lugar -recoge El Faro de Vigo-, reivindicó, en general, "que los militares puedan tener los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano" según expuso Hipolito , quien además habló contra la actitud "de tutela paternalista" que siempre ejerció el Ministerio de Defensa sobre las reivindicaciones de los militares.

En el periódico El Correo Gallego, en información de la Agencia EFE/A Coruña, bajo el Titulo "Denuncian medidas para acallar a la Brilat tras el accidente de Afganistán" en rueda de prensa, Hipolito , indicó que después del siniestro se adoptaron "medidas especiales" con los militares de Pontevedra para "acallarles y limitarles la libertad de expresión, que ya está bastante limitada".

Asimismo manifestó -continúa el artículo- que se primó "la identificación y repatriación de los 17 cadáveres antes que la investigación de las causas del siniestro del aparato, que se produjo en agosto en Afganistán".

Al folio 78 fax del representante de la Agencia EFE, que dice:

"En contestación a su oficio de fecha 24 de mayo del corriente referencia 550/AJ -en que solicitan de la Agencia "transcripción literal de la rueda de prensa dada por Don Hipolito , con fecha 28 de marzo de 2006" les adjuntamos las noticias que EFE difundió sobre el particular.- Firmado: Epifanio , Representante legal.- Rubricado".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CUARTO.- Notificada la anterior sentencia la representación procesal de Don Hipolito anunció su propósito de interponer contra la misma recurso de casación, que se tuvo por preparado por auto del Tribunal Militar Central el día 4 de diciembre de 2009 , emplazándose seguidamente a las partes para que compareciesen ante esta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones de instancia en el presente recurso, la representación procesal de Don Hipolito , presenta escrito que tiene entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 23 de febrero de 2010 en el que formaliza el recurso de casación a través de tres motivos. El primero de ellos, sobre la validez de la reserva efectuada por el Estado español a los artículos 5.1 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la aplicación de la sanción de arresto, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración de los artículos 24, 25.3 y 17.1 de la Constitución Española, en relación con los artículos 96 y 10.2 de la misma norma y en conexión con los artículos 5.1 y 6.1 del CEDH; el segundo, sobre la recusación instada del Ministro de Defensa y la vulneración del derecho de defensa, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración de los artículos 24, apartados 1 y 2 ; y el tercero, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del artículo 25 de la Constitución Española y del principio de legalidad en su vertiente de falta de tipicidad de la conducta sancionada.

SEXTO.- Dado traslado del recurso al Abogado del Estado, presenta escrito que tiene entrada en el Registro General de este Tribunal el día 13 de abril de 2010, en el que alega lo que considera de aplicación y termina suplicando a la Sala que dicte sentencia desestimando el recurso por estar la sentencia impugnada plenamente ajustada a Derecho.

SEPTIMO.- El recurrente solicitó en su escrito de formalización la celebración de vista, sin acordarse ésta, al no ser solicitada por todas las partes y no considerarlo necesario esta Sala, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 8 de junio de 2010 , a las 10.30 horas de la mañana, y que finalizó el siguiente día 22 de marzo, con el resultado que aquí se expresa y habiéndose excedido el plazo fijado para dictar sentencia por ausencia reglamentariamente autorizada del Magistrado ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El propio planteamiento del recurso nos obliga a examinar en primer lugar, dadas las consecuencias que se derivarían de su estimación, el segundo motivo de casación, en el que el recurrente invoca, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la vulneración del art. 24, apartados 1 y 2, de la Constitución, en relación con la recusación instada el 14 de febrero de 2007 en la persona del Ministro de Defensa Don Jon , como autoridad llamada a resolver el recurso de alzada disciplinario interpuesto por el ahora recurrente contra la resolución de fecha 16 de Enero de 2.007 del Jefe del Estado Mayor del Ejército en el expediente disciplinario 25/06 en el que le se imponía un mes y un día de arresto, y de la que trae causa el presente recurso de casación.

Se quejó allí el sancionado, porque con fecha 5 de Febrero de 2.007 se había publicado en el diario "La Razón" una entrevista periodística al entonces Ministro de Defensa D. Jon , señalando que "dicha entrevista recogida en las páginas 6 y 7 y con destacada presencia en la portada del periódico, se iniciaba con el siguiente titular: ' **las asociaciones reivindicativas en el Ejército, ni están permitidas, ni lo estarán** '", siendo la segunda pregunta que formularon los entrevistadores al Ministro la siguiente: "El arresto del Presidente de la AUME en un momento como éste parece ser un puñetazo encima de la mesa para advertir a los militares ¿No se podía haber hecho antes? En el Ministerio ya sabían el carácter de esa Asociación y el perfil de su Presidente ...."; recogiéndose como respuesta de la citada autoridad: ***"Ese expediente tiene su origen en Marzo de 2.006, se ha tramitado con todas las garantías de la Ley, y ha acabado con una sanción correcta. No vamos a condicionar nuestra actividad a que las cosas coincidan en el tiempo. No están permitidas, ni van a estarlo, las asociaciones militares reivindicativas. Lo que no se va a tolerar son los actos de indisciplina. La estructura de mando en las Fuerzas Armadas tiene el apoyo del Ministro y así se lo he hecho saber para que no consientan actitudes ilegales."***

Asimismo se refirió el recusante a otra pregunta de dicha entrevista con el siguiente contenido: "¿Se le puede abrir otro expediente al Presidente de la AUME por su participación en la manifestación?", que -según se transcribe en el texto publicado- fue contestada por el entonces Ministro de Defensa de la siguiente manera: ***"El Estado Mayor del Ejército está investigando este punto y las eventuales consecuencias disciplinarias. Se va a hacer con toda normalidad y tranquilidad, pero se está investigando".***

Señalaba el recusante que:

"A la vista de las respuestas dadas por el entrevistado, se ha de concluir que quien debiera conocer el contenido del expediente disciplinario, número 25/06, y las alegaciones que sobre la tramitación del mismo pudieran ser

objeto de los argumentos de defensa de esta parte, para el trámite de recurso de alzada disciplinario contra la resolución que puso fin al procedimiento y en virtud de la cual se privó a esta parte de libertad, ha emitido un juicio de culpabilidad y ha tomado postura en los términos inequívocos que constan en la respuesta. De esta manera, el Ministro de Defensa pone de relieve que:

- Conoce la causa de apertura de expediente disciplinario y los presuntos hechos que lo motivaron.

- Conoce la tramitación del mismo y afirma que se ha tramitado con todas las garantías de la ley.

- Conoce que ha finalizado con imposición de sanción disciplinaria de la que afirma su corrección.

En definitiva, el Ministro de Defensa emite un veredicto de culpabilidad e incide en todos y cada uno de los ámbitos que eran, precisamente, los que deberían ser objeto de enjuiciamiento en el ámbito de la resolución de un recurso de alzada. Habla sobre los aspectos fácticos, sobre los aspectos jurídicos y sobre la propia sanción.

Ese veredicto categóricamente expresado evidencia que se ha tomado postura previa. Ha perdido la imparcialidad, la objetividad y la neutralidad, que es lo que se exige a quien ha de enjuiciar y resolver un recurso de alzada en relación con, nada menos, que una sanción de privación de libertad, en donde se han de respetar y salvaguardar aún más, la apariencia de alejamiento de toda posición apriorística."

Argumentaba luego el recurrente que "la concreción legal de lo anterior ha tenido acogida en los artículos 28 y 29 de la citada Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, y específicamente en lo que pueda resultar aplicable en los artículos 51 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril , procesal militar, en los cuales se establece la obligación del funcionario publico de abstenerse de intervenir en un procedimiento y de comunicarlo a su inmediato superior, para que resuelva lo procedente en el caso de que concurran alguno de los motivos que en el artículo 28 se enumeran, en relación con el artículo ya citado 53 , en lo que resulte aplicable". Indicaba expresamente que en la persona del Ministro de Defensa concurrían los motivos contenidos en las letras a) y c) del apartado 2 del artículo 28 y -en lo que resulta aplicable- en los apartados 8 y 9 del artículo 53 de la Ley Procesal Militar , y que ello debía dar lugar a su abstención.

La expresada recusación fue informada por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa con fecha 7 de mayo de 2007, al pronunciarse sobre el recurso de alzada interpuesto contra la resolución sancionadora, dictamen que siguió el Ministro de Defensa en su resolución de 26 de julio de 2007, al desestimar dicho recurso, y en el que se significaba que, aunque en el art. 29 de la citada Ley 30/92, de 26 de noviembre , se establece que el recusado manifestará a su inmediato superior si se da en él o no la causa de abstención en que se funda la pretensión recusatoria, "en el presente caso el recusado es el propio Ministro de Defensa, que constituye la Autoridad con competencia sancionadora que culmina el catálogo de autoridades sancionadoras de las Fuerzas Armadas previsto en el art. 27 de la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , así como el Jefe Superior del Departamento, conforme al art. 11 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y sus actos ponen fin a la vía administrativa al carecer de superior jerárquico (artículo 109.c de la Ley 30/1992), por lo que, en virtud de lo ordenado por el art. 89 de la Ley 30/1992 (la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento), será el propio Ministro de Defensa, como se ha dicho, el que resolverá la pretensión de recusación contra él planteada por el recurrente".

Se añadía en dicho dictamen en cuanto al fondo de la recusación que "de la mera lectura de las manifestaciones realizadas por el Ministro de Defensa en su entrevista al diario 'La Razón', que el Brigada Hipolito recoge en su escrito como soporte fáctico de la recusación, puede deducirse sin esfuerzo jurídico alguno el carácter puramente artificioso y extravagante de aquella tesis", significando (con cita de diversas Sentencias del Tribunal Constitucional "que en sede administrativa disciplinaria la imparcialidad personal y procesal se transforma en la obligatoriedad de que los órgano instructores y decisorios actúen con objetividad, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal" y señalando que "en definitiva, las manifestaciones proferidas por el Ministro de Defensa en su entrevista del citado diario son las propias de la autoridad del Estado encargada legalmente del desarrollo y ejecución de la política de defensa y directora, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, de la actuación de las Fuerzas Armadas, tal y como así describe sus funciones el art. 7 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional , de forma que las afirmaciones del Ministro sobre la intolerancia de la disciplina en los ejércitos o en las organizaciones militares de carácter reivindicativo, (legalmente proscritas en virtud del art. 181 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas), no suponen, en ningún caso un interés personal y directo en un expediente disciplinario concreto, ni en una persona determinada, susceptible de menoscabar, mínimamente, la objetividad e imparcialidad que de dicha autoridad cabe exigir en la resolución del recurso interpuesto por el Brigada don Hipolito contra la resolución sancionadora dictada en el expediente disciplinario nº 25/2006".

Tal cuestión fue reiterada con análogos argumentos por el recurrente ante el Tribunal Militar Central en el recurso contencioso disciplinario interpuesto contra la anterior resolución desestimatoria del recurso de alzada, señalando el entonces demandante que la resolución dictada por el Ministro de Defensa, en cuanto procede a resolver su propia recusación, incurre en nulidad de pleno derecho al incidir "en la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la defensa".

Rechazado nuevamente el planteamiento del recurrente por el Tribunal de instancia sobre la base de argumentos sustancialmente idénticos a los empleados por la Autoridad administrativa, reitera ahora básicamente su argumentación ante esta Sala en el presente recurso de casación, insistiendo en que son dos las cuestiones a analizar, siendo la primera de ellas sobre si se siguió o no el procedimiento legalmente establecido para resolver la recusación y si se resolvió por órgano competente, y la segunda la relativa a si concurrían o no causas de recusación en el entonces Ministro de Defensa, como consecuencia de las declaraciones vertidas en la entrevista publicada.

SEGUNDO.- Abordar debidamente el examen de las dos cuestiones que plantea el recurrente nos ha de llevar a recordar previamente que, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 18/1981, de 8 de junio , las garantías procesales recogidas en el art. 24.2 CE son de aplicación -con ciertos matices- al ámbito administrativo sancionador, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución.

Así, en Sentencia 63/2009, de 9 de febrero, el Tribunal Constitucional , al tiempo que reitera la indiscutida aplicación a los actos y resoluciones de Derecho administrativo sancionador, de los principios sustantivos derivados del artículo 24.2 de la Constitución, recuerda como se ha ido elaborando progresivamente la doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24.2 CE , entre las que, "sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5 y 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2)".

Ya en la citada Sentencia 18/1981 , al señalar que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, se significaba que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25 , principio de legalidad), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3 , al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, precisándose en la Sentencia 21/1981, de 7 de julio -tras resaltar que la propia Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar, al derivarse del art. 25.3 , a sensu contrario, que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad- que "en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión", lo que nos ha llevado a establecer, siguiendo al intérprete de la Constitución, que "en aquellos casos en que la sanción disciplinaria consiste en privación de libertad las garantías constitucionales del art. 24.2 CE han de aplicarse íntegramente sin exclusiones ni limitaciones concretas" (Sentencia de 25 de octubre de 2004).

Precisamente, la Sala Tercera de este Tribunal Supremo ha tenido ocasión de confirmar que la garantía de imparcialidad tiene una especial proyección en el ámbito del procedimiento disciplinario sancionador y que "es una inexcusable exigencia para que el derecho de defensa pueda ser eficazmente respetado" (Sentencia de 21 de enero de 2003), y, aunque los procedimientos disciplinarios militares podrán no quedar sometidos a determinadas garantías procesales judiciales cuando la subordinación jerárquica y la disciplina, como valores primordiales en las Fuerzas Armadas, exijan "prontitud y rapidez en la reacción frente a las infracciones de la disciplina castrense" (STC 21/1981 , ya citada), la imparcialidad y objetividad en la Autoridad sancionadora al corregir disciplinariamente ha de quedar siempre salvaguardada.

TERCERO.- Efectuadas las anteriores consideraciones entraremos a examinar la primera de las cuestiones planteadas, referida al hecho de que fuera el propio Ministro de Defensa contra el que se dirigió la recusación, quien resolviera ésta.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al regular en su artículo 29 la recusación, refiere a los motivos de abstención, y señala que "podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento" y que, planteada ésta, "en el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada", dándose el caso que, como se señalaba en Sentencias de esta Sala de 27 de enero de 2003 y 15 de enero de 2004 -que citan la Asesoría Jurídica del Departamento y se recogen también en la Sentencia impugnada-, a tenor de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, "los Ministros son los Jefes superiores del Departamento" y, como consecuencia de ello sus resoluciones, al carecer de superior jerárquico, ponen fin a la vía administrativa (artículo 109 de la Ley 30/1992).

Sin embargo, que la Autoridad recusada carezca de superior jerárquico no supone que, incursa dicha Autoridad en motivo de abstención o planteada su recusación, ésta no se vea obligada a apartarse del procedimiento, pues como se señalaba en la sentencia de la Sala Tercera de 28 de febrero de 2002 , ratificada por la ya citada de 21 de enero de 2003, no es compatible con el principio de objetividad que para la actuación de cualquier Administración pública se proclama en el artículo 103 de la Constitución que "durante alguna de las fases de tramitación de los procedimientos disciplinarios administrativos quede vedada la recusación, y a pesar de que existan indicios razonables de que el titular del órgano administrativo sancionador puede estar incurso en causa legal de recusación", pues "la exigencia de imparcialidad a que está ordenada la institución de la recusación ha de regir, sin excepciones, en cualquier clase de actuación administrativa, y, consiguientemente, debe ser observada durante todas las fases de tramitación del procedimiento sancionador".

Ahora bien, como también ha señalado la Sala Tercera en recientes Autos de 16 de octubre de 2009 y 22 de abril de 2010 , el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidencias y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, por lo que en el ámbito judicial y con amparo en dicho precepto "no existe obstáculo constitucional para que el propio recusado pueda rechazar *a limine* su propia recusación, cuando sea patente que la misma responde a fines espurios y sea contraria a la buena fe, por entrañar abuso de derecho y fraude legal" (Auto de 26 de Abril de 2010 de la Sala del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ), lo que es perfectamente extrapolable a aquellos casos en los que se promueva en un procedimiento sancionador la recusación de una autoridad administrativa que carezca de superior jerárquico, si la causa alegada se encuentra desprovista de cualquier indicio de pérdida de objetividad de aquélla y se ofrece al inadmitirla razón bastante que así lo justifique; claro es que sin perjuicio de que tal razonamiento sea revisable ante los Tribunales en vía contenciosa. Este era el caso que fue objeto de las sentencias antes citadas de esta Sala, en las que se abordaban supuestos sustancialmente iguales, en los que la recusación instada se encontraba falta de cualquier sustento, lo que hacía posible confirmar su rechazo liminar por parte de la Autoridad administrativa recusada.

CUARTO.- La segunda cuestión que debe examinarse, al hilo de la recusación instada en su día por el recurrente, es si -como afirma la sentencia impugnada al rechazar las alegaciones del demandante- las afirmaciones del Ministro en la entrevista publicada por el citado diario no afectan a "la objetividad e imparcialidad que de dicha Autoridad cabe exigir en la resolución del recurso en cuestión".

Ciertamente, y como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, la garantía de estricta imparcialidad que es dado requerir en la esfera judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida respecto de los órganos administrativos, aunque éstos se encuentren sujetos al cumplimiento de la ley y a la satisfacción de los intereses generales. Así, los jueces y tribunales necesariamente han de mantenerse en una posición de neutralidad y ausencia de prejuicios respecto de las partes del proceso, que obviamente no puede darse en las relaciones entre la Administración y los administrados, cuando se han de resolver sus discrepancias dentro del ámbito administrativo, pero sí cabe esperar de los órganos administrativos que actúen con objetividad, y a tal fin, de tutelar la objetividad de las autoridades y funcionarios, que hayan de intervenir en un asunto, se encuentran dirigidas las causas de abstención o recusación contenidas en la Ley 30/1992 .

Pues bien, ciñéndonos al caso concreto, recordemos que la Ley disciplinaria militar establece la posibilidad de interponer contra las resoluciones sancionadoras los recursos que la misma prevé y que han de dirigirse, siguiendo su artículo 76 , a la autoridad o mando superior al que impuso la sanción, siguiendo el escalonamiento jerárquico señalado en la propia Ley, salvo que la sanción hubiera sido impuesta por el Ministro de Defensa, en cuyo caso se interpondrá ante esta autoridad. El artículo 78 de dicha norma disciplinaria expresamente reitera que "contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave podrá interponerse el recurso procedente regulado en el artículo 76 ".

Desde tal regulación legal no cabe duda que, cuando el legislador atribuye a una autoridad administrativa superior a aquélla que dictó la resolución sancionadora la posibilidad de revisar ésta, el administrado tiene derecho a confiar en que la autoridad administrativa superior llamada a resolver su recurso estará -aunque se encuentre integrada en una de las partes de la controversia- en situación de examinar sus alegaciones defensivas desde una posición objetiva, pudiendo esperar un cambio de criterio en el asunto que se somete a su consideración. En otro caso la obligada impugnación previa en vía administrativa, que exige el artículo 465 de la Ley Procesal militar, no pasaría de ser un mero formulismo carente de cualquier virtualidad y desprovisto de toda eficacia, lo que tendría especial transcendencia en los procedimientos administrativos sancionadores y muy particularmente en los procedimientos militares, en los que se lesionarían gravemente los intereses del sancionado, pues no olvidemos que, a tenor de lo establecido en el artículo 67 de la Ley 8/1998 "las sanciones disciplinarias (entre las que se contempla la privación de libertad) serán inmediatamente ejecutivas y comenzarán a cumplirse el mismo día en que se notifique al infractor la resolución por la que se imponen", atribuyéndose al superior competente para el conocimiento del recurso resolver sobre la suspensión solicitada de la misma (art. 81), siendo por tanto más exigible en garantía del administrado la debida independencia de criterio y la ausencia de prejuicios.

Por todo ello, la imparcialidad objetiva que debe asegurarse en el superior jerárquico que ha de resolver un recurso disciplinario, lleva a que dicha autoridad se acerque al concreto asunto cuya revisión se le plantea sin haber formado anticipadamente un juicio de culpabilidad contra el sancionado, pues en otro caso perdería la aptitud necesaria para pronunciarse con la debida objetividad, y es precisamente "la emisión anticipada de un veredicto de culpabilidad, o de un juicio de imputación, lo que convierte en fundada la duda acerca de la imparcialidad del juzgador" (STC 14/1999, de 22 de febrero).

No cabe duda que, conforme señaló la Asesoría Jurídica General de la Defensa, algunas de las manifestaciones vertidas por el Ministro de Defensa en su entrevista periodística, como las relativas a que "no están permitidas, ni van a estarlo, las asociaciones militares reivindicativas" o que "lo que no se va a tolerar son los actos de indisciplina", formuladas con carácter general desde su posición de "autoridad del Estado encargada legalmente del desarrollo y ejecución de la política de defensa y directora, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, de la actuación de las Fuerzas Armadas", no debían llevar en principio a cuestionar la objetividad e imparcialidad que de dicha autoridad cabe exigir en la resolución del recurso interpuesto por el ahora recurrente. Tampoco cabría inferir pérdida alguna de objetividad porque se haga en la entrevista publicada una simple referencia a la investigación en curso sobre la actuación del recurrente sobre hechos distintos de los contemplados en la sanción recurrida.

Por el contrario, sí debe considerarse afectado el derecho de defensa del recurrente con las manifestaciones de la expresada entrevista en aquellos extremos en que se exterioriza un juicio de valor concluyente sobre el expediente tramitado y la sanción impuesta, afirmando que aquél fue "tramitado con todas las garantías" y confirmando anticipadamente que dicho expediente había acabado "con una sanción correcta". En ellas se hacía patente una toma personal de postura claramente desfavorable para el interesado y un prejuicio que contaminaba de futuro la decisión a adoptar en el recurso planteado. Incluso, en el contexto del párrafo completo, también cobraría transcendencia la censura expresa de los actos de indisciplina, vertida inmediatamente después de la referencia concreta a la sanción impuesta al recurrente, pues cabría entender que la tacha de indisciplina abarcaba dicha conducta e incidía en la base fundamental del reproche y de la sanción impuesta.

Es evidente que no cabe plantear vinculación personal alguna del Ministro de Defensa con el asunto sobre el que debía pronunciarse en vía de recurso disciplinario, en el sentido de que pudiera afectar su interés particular, pero el requisito de objetividad en la actuación administrativa -que alcanza a cualquier autoridad administrativa y afecta a su deber de abstención- exige un "desinterés personal" en un procedimiento disciplinario, que tampoco se vea afectado por la existencia de cualquier hecho o circunstancia acreditados de los que pueda inducirse la pérdida de la debida objetividad, generándose en definitiva un efectivo quebranto del derecho de defensa. El juicio anticipado de culpabilidad sobre determinado asunto muestra, sin duda, una predisposición o interés personal en que éste se resuelva de una determinada manera, con quiebra de la objetividad necesaria para resolverlo.

En este sentido cabe exigir que, quien ha de revisar por vía de recurso la sanción impuesta y los argumentos que para su defensa alegue el sancionado, se encuentre en una posición de imparcialidad objetiva respecto de la decisión que haya de adoptar, sin haber tomado postura o haber manifestado anticipadamente su parecer, de forma que haga sospechar fundadamente que no guardará la debida ecuanimidad sobre el asunto, y no cabe duda que, en el caso presente, la anticipada exteriorización por el entonces Ministro de Defensa de su opinión y los términos en que lo hizo sobre aquello que había de ser objeto de preceptivo recurso ante su Autoridad, adelantando su criterio de que la sanción impuesta era correcta y que se habían respetado las

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

garantías del sancionado, cuando la resolución no era firme y el sancionado no había presentado aún sus argumentos recursivos, debió mover a dicha Autoridad -por incurrir en el motivo de abstención del apartado 2. a) del artículo 28 de la Ley 30/1992 - a abstenerse de intervenir en el asunto, apartándose de la resolución del recurso planteado y evitar así que el derecho defensa del sancionado fuera vulnerado.

Precisamente en la Sentencia del TEDH de 16 de septiembre de 1999 , "Caso Buscemi", se establecía que "el hecho de que el Presidente del Tribunal haya empleado públicamente expresiones a través de las cuales enjuiciaba desfavorablemente al demandante antes de presidir el órgano judicial que debía juzgar el asunto, no parece compatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal, establecidas en el artículo 6.1 del Convenio ." Y, a la misma conclusión debe llegarse en el en el ámbito del procedimiento disciplinario sancionador, dada la especial proyección que en él -como antes señalábamos- debe tener la garantía de imparcialidad. La ausencia de un prejuicio sobre el asunto que habrá de resolverse resulta exigible y la exteriorización de una opinión formada respecto de la culpabilidad del sancionado quiebra la objetividad requerida para pronunciarse sobre éste.

En el ámbito de la imparcialidad, como recordábamos en nuestra sentencia de 25 de noviembre de 2002 , "la doctrina del TEDH, al interpretar el artículo 6.1 del Convenio de 4 de noviembre de 1950 , subraya que la imparcialidad se debe apreciar de una manera subjetiva, intentando determinar la convicción personal de un Juez en un caso concreto, y de una manera objetiva, que asegure que existían las garantías suficientes para excluir al respecto toda duda legítima (Ss. T.E.D.H. 9-6-98 y 28-10-98) que pueda derivarse de ciertos hechos verificables que autoricen a sospechar de esa imparcialidad", habiendo significado dicho Tribunal que "incluso las apariencias pueden revestir importancia", lo que determina que "todo juez del que pueda dudarse de su imparcialidad debe abstenerse de conocer del asunto o puede ser recusado" (Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984 , Caso "De Cubber").

En definitiva, y como conclusión necesariamente derivada de lo expuesto, entiende la Sala que el entonces Ministro de Defensa debió abstenerse de conocer el recurso interpuesto contra la resolución del Excmo. Sr. General de Ejército JEME, de 16 de enero de 2007, que imponía al expedientado, hoy recurrente en casación, la sanción de un mes y un día de arresto, lo que lleva consigo la estimación del presente recurso y la declaración de nulidad de la resolución del Ministro de Defensa de 26 de Julio de 2007, por la que se desestimó dicho recurso y se confirmó la resolución sancionadora, reponiendo las actuaciones a ese momento.

Sin que, lógicamente, debamos en el presente momento abordar los restantes motivos de casación alegados por el recurrente.

QUINTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio .

En consecuencia,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación número 201/10/2010, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Domingo José Collado Molinero en nombre y representación de Don Hipolito , contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2009 , dictada en el Recurso Contencioso Disciplinario Militar ordinario número 134/07, seguido en el Tribunal Militar Central, y en la que se confirmaba la sanción de un mes y un día de arresto, impuesta al hoy recurrente, como autor de la falta grave consistente en "Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y realizarlas a través de los medios de comunicación social" prevista en el número 18 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/98, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , cuya sentencia casamos y anulamos, anulando al propio tiempo la resolución del Sr. Ministro de Defensa, de 26 de Julio de 2007, por la que se confirmó la sanción anteriormente referida, debiendo en consecuencia retrotraer las actuaciones a ese momento. Y declaramos de oficio las costas de este procedimiento.

Póngase esta sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, en conocimiento del Tribunal Militar Central al que se devolverán cuantas actuaciones elevó en su día a esta Sala

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:13/07/2010

TEXTO DOCUMENTAL FIRMADO

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXMOS SEÑORES Dª. Clara Martinez de Careaga y Garcia y D. Fernando Pignatelli Meca EN EL RECURSO DE CASACIÓN 10/2010.

PRIMERO **:** Con pleno respeto a la decisión de nuestros compañeros nos vemos obligados a exteriorizar nuestra discrepancia con la resolución que resuelve el presente recurso por estimar que la doctrina sentada en esta resolución, en la medida en que traslada el elevado nivel de exigencia de imparcialidad propio del Poder Judicial al ámbito directivo de la Administración General del Estado, genera una confusión entre los principios básicos inspiradores de dos sistemas diferenciados (independencia versus jerarquía) que vacía de contenido el principio de separación de poderes y puede dificultar a los miembros del Gobierno de la Nación el ejercicio de las funciones públicas que legítimamente les atribuyen la Constitución y la Ley como responsables de la dirección política de su Departamento.

El núcleo básico de la resolución de la que discrepamos consiste en interpretar la causa de recusación y abstención prevista en el art. 28.2.a) de la LRJ-PAC (" *tener interés personal en el asunto de que se trate"*), no en el sentido propio y exclusivo de existencia de un vínculo subjetivo o *"personal"* de la Autoridad que resuelve con el supuesto enjuiciado, sino en un sentido objetivo, que incluye en la causa de recusación la eventual exteriorización de un criterio preexistente. Para verificar esta ampliación se extiende al ámbito administrativo sancionador la conocida doctrina del Tribunal de Estrasburgo (casos *"Piersak"* , *"De Cubber"* y otros), dictada en el ámbito exclusivo de la actuación judicial, conforme a la cual en el ámbito de la imparcialidad judicial incluso las apariencias son relevantes, debiendo accederse a la recusación cuando exista cualquier duda legítima sobre la absoluta imparcialidad del Juzgador, imparcialidad que quedaría excluida cuando éste hubiese tenido ocasión de formarse un criterio previo en su relación con la tramitación de la causa enjuiciada.

Para nosotros resulta claro que trasladar miméticamente dicha doctrina de la imparcialidad judicial, tal y como se ha desarrollado por el Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Constitucional y este Tribunal Supremo, al ámbito del derecho administrativo sancionador, es claramente incompatible con el sistema actual de resolución de los recursos en el ámbito administrativo y con la propia naturaleza de la Administración pública.

Como ha señalado expresamente el Tribunal Constitucional (STC 22/90 , entre otras muchas) " *No es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador, se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque* ***la aplicación de dichas garantías al derecho administrativo solo puede hacerse en la medida en que resulte compatible con su propia naturaleza*** *. De este modo en diversas ocasiones este Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que el instructor en un procedimiento administrativo sancionador* ***, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente,*** *goce de las mismas garantías que los órganos jurisdiccionales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en la medida en que formula una propuesta de resolución sancionadora y,* ***por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser Juez y parte al mismo tiempo*** *(ATC 320/86)".*

Debemos insistir en destacar esta doctrina constitucional, pues entendemos que en ella se concentra el núcleo de nuestra discrepancia con la Sentencia de la Sala. En la medida que la doctrina sobre la imparcialidad que se acoge es la predicable exclusivamente del Poder Judicial, y sin embargo se aplica literalmente a un órgano político y administrativo como es un Ministro del Gobierno de la Nación, integrado en el poder Ejecutivo, los resultados a los que se llega, y que determinan la estimación del recurso interpuesto, no nos parecen jurídicamente correctos.

Así, por ejemplo, y refiriéndose expresamente al principio de imparcialidad, la STC 14/99, expresa literalmente que " *Cabe reiterar aquí de nuevo, como hicimos en la STC 22/1990 , que «sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción* ***, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo»".***

Esta misma resolución señala, refiriéndose de modo expreso al ámbito militar que nos ocupa, y con cita de las STC 235/1998 y STC 21/1981 , que *"hemos reiterado que si bien el procedimiento militar de carácter disciplinario ha de configurarse conforme a las exigencias del art. 24 C.E .* ***no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales que rigen el proceso penal".***

Y continúa esta resolución aclarando las diferencias entre el procedimiento penal y el disciplinario en esta materia, señalando que *"Lo que del Instructor cabe reclamar, ex arts. 24 y 103 C.E* " (y, añadimos nosotros, de todos los intervinientes en la resolución del expediente), " ***no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, en el sentido que a este concepto hemos dado en las SSTC 234/1991, 172/1996 y 73/1997 , es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal".***

SEGUNDO **:** Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, estimamos que no debió haberse estimado el recurso interpuesto.

En efecto, la causa de recusación invocada (art. 28.2.a, de la LRJ-PAC : *"tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir aquel"*), es claro que no concurre en el Ministro que resolvió el recurso que agotó la vía administrativa, pues ni este asunto ni ningún otro similar le afectaban de modo personal, ni tenía con el caso otra relación que la derivada exclusivamente de sus funciones públicas como titular del Departamento Ministerial.

El hecho de que el asunto que determinó la sanción disciplinaria revistiese una relevancia social, así como también política, y en consecuencia fuese objeto de una pregunta en el marco de una entrevista periodística a la que se sometió el Ministro por razón de su cargo, no tiene encaje en dicha causa de recusación, pues con independencia de que el Ministro defendiese la actuación de su Departamento, esta actuación, ínsita en su actividad política, no determina ningún interés de tipo personal o particular. Una interpretación diferente podría implicar una injustificada restricción del derecho constitucional de los ciudadanos a la información pública sobre los asuntos de relevancia, así como de la función constitucional de los Ministros como responsables del área política que abarca su Departamento, ya que la Ley les atribuye competencia para resolver los recursos contra las resoluciones de los órganos superiores o directivos del Ministerio y Organismos públicos de él dependientes, por lo que cualquier materia relevante de su competencia sobre la que se pronuncien públicamente puede, en algún momento, constituir objeto de un recurso que deban resolver.

Esta es la diferencia esencial entre la función jurisdiccional, totalmente ajena a la acción política, que impone a los jueces no solo ser imparciales, sino asimismo garantizar la apariencia de imparcialidad, absteniéndose de pronunciamientos públicos sobre asuntos que sean o puedan ser de su competencia (Sentencia de 16 de Septiembre de 1.999, del TEDH, caso *"Buscemi"* , citada por la Sentencia mayoritaria), y la acción de Gobierno, atribuida al poder Ejecutivo, en la que, por el contrario, los Ministros y otros cargos públicos están obligados no solo a dirigir su Departamento sino también a dar explicaciones públicas sobre las materias de su competencia, con independencia de que en un momento posterior puedan encontrarse legalmente obligados a resolver un recurso sobre ese mismo tema en el estricto ámbito administrativo, por lo que no les resulta aplicable la referida doctrina.

Naturalmente ello no excluye la necesidad de ponderación en los pronunciamientos que puedan referirse a un procedimiento administrativo en curso, pero sin que pueda considerarse que dicho pronunciamiento, con independencia de que pueda traslucir el criterio del Ministro, constituya en si mismo causa de recusación, **ya que en el ámbito administrativo las causas prevenidas en el artículo 28 de la LRJ-PAC citado no incluyen supuestos de pérdida de la imparcialidad objetiva que pudiera derivarse de la previa relación de la Autoridad que resuelve el recurso con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo.** Buena prueba de esta esencial diferencia con la imparcialidad judicial se puede apreciar en el art. 12 de la LOFAGE , pues si en el apartado h) por ejemplo, se previene que el Ministro dirige la actuación de los titulares de los órganos superiores y directivos del Ministerio, y les imparte instrucciones, en el apartado siguiente se le atribuye competencia para resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los referidos órganos superiores y directivos, sin que a ello sea óbice que dichas resoluciones se hayan dictado, precisamente, siguiendo sus directrices o instrucciones, y sin que ello permita su recusación.

En definitiva que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, *"sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción* ***, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo",*** por lo que no compartimos la estimación del recurso que aplica a la valoración de la concurrencia de una causa de recusación en un órgano administrativo el canon de exigencia derivado de las resoluciones del TEDH predicables exclusivamente del ámbito jurisdiccional.

TERCERO **:** En cualquier caso, un análisis de las declaraciones objeto de impugnación permite excluir cualquier valoración crítica que pudiera determinar una pérdida de la objetividad y ecuanimidad necesarias para la resolución del recurso. En efecto, las manifestaciones del Ministro relativas a que *"no se van a tolerar actos de indisciplina"* , a que *"no están permitidas ni van a estarlo las asociaciones militares reivindicativas"* , o a que el Estado Mayor del Ejército está investigando otros hechos similares, forman parte indudable del deber de información a los ciudadanos acerca de la posición que mantiene el Ministro como autoridad del Estado encargada con carácter general de la política de Defensa. La propia Sentencia mayoritaria considera estas manifestaciones como inocuas a los efectos de determinar la pérdida de objetividad del Ministro a la hora de la resolución del recurso.

La Sentencia mayoritaria, sin embargo, mantiene el criterio opuesto sobre otras manifestaciones (en concreto las referidas a que el expediente fue " *tramitado con todas las garantías"* , y a que acabó *"con una sanción*

correcta"), que considera que exteriorizan un juicio de valor concluyente. Sin embargo, un examen de la entrevista, tal y como se resume en el fundamento jurídico primero de la Sentencia mayoritaria, permite concluir que tampoco estas manifestaciones determinan una pérdida de la ecuanimidad y objetividad necesarias para la resolución del recurso, si se valoran, como deben valorarse, de acuerdo con los parámetros anteriormente indicados, que establecen unas pautas de conducta para los miembros del Gobierno diferentes y menos rigurosas, en lo que se refiere a declaraciones públicas sobre asuntos de su competencia, que las aplicables a los titulares de un órgano jurisdiccional.

La pregunta formulada fue, literalmente, *"El arresto del Presidente de la AUME en un momento como éste parece ser un puñetazo sobre la mesa para advertir a los militares ¿No se podía haber hecho antes? En el Ministerio ya sabían el carácter de esta asociación y el perfil de su Presidente..."* . Es claro que la pregunta contiene una implícita acusación a los mandos militares que incoaron y tramitaron el expediente insinuando que actuaron por criterios de oportunidad, y no de legalidad, y que utilizaron el expediente sancionador como un instrumento de prevención o advertencia, en lugar de constituir una manifestación correcta y garantista de aplicación de la normativa disciplinaria. Es claro, también, que la obligación del titular del Departamento, ante una insinuación que puede desprestigiar ante los ciudadanos a las Fuerzas Armadas, que constituyen parte de su responsabilidad política, es aclarar que no se ha producido ninguna actuación arbitraria por parte del Jefe del Estado Mayor del Ejército que impuso la sanción, y que no se trata de una actuación oportunista, sino realizada conforme a derecho.

Desde esta perspectiva, la respuesta se configura como absolutamente correcta, necesaria, ponderada y ecuánime. El titular del Departamento responde *"ese expediente tiene su origen en marzo de 2006, se ha tramitado con todas las garantías de la Ley, y ha acabado con una sanción correcta. No vamos a condicionar nuestra actividad a que las cosas coincidan en el tiempo. No están consentidas ni van a estarlo las asociaciones militares reivindicativas. Lo que no se va a tolerar son los actos de indisciplina. La estructura de mando en las fuerzas armadas tiene el apoyo del Ministro y así se lo he hecho saber para que no consienta actuaciones ilegales"* . Esclaro que la parte inicial de la respuesta, que es lo que la Sentencia mayoritaria considera causa de recusación, pretende exclusivamente contrarrestar la insinuación de que se ha incoado un expediente arbitrario, y en ningún caso expresar un juicio concluyente sobre recurso alguno. Por ello, el Ministro aclara a la ciudadanía que el expediente se incoó un año antes, que se tramitó legalmente, con todas las garantías, y que la sanción de arresto no es, como afirma el periodista, *"un puñetazo en la mesa"* , sino la legalmente correcta, es decir, una de entre las legalmente previstas.

Seguidamente, y en la misma respuesta, que debe valorarse en conjunto, y no fragmentariamente descontextualizando las frases que la integran, se añade que: *"No vamos a condicionar nuestra actividad a que las cosas coincidan en el tiempo"*. Con ello se reafirma por el Ministro, continuando su información a los lectores del medio de comunicación que ha realizado la entrevista, que el expediente constituye un procedimiento legal, para sancionar una actuación que se considera ilegal, y no una reacción oportunista en la que se haya elegido un momento específico para actuar.

Analizadas así las declaraciones, no implican, en absoluto, la pérdida de la objetividad necesaria para la resolución, en su momento, del recurso de alzada. El Ministro pretende con sus declaraciones reforzar la disciplina, un valor esencial para las Fuerzas Armadas, reafirmar su apoyo a los mandos naturales y garantizar a los ciudadanos que se está actuando conforme a derecho, al mismo tiempo que se mantendrán con firmeza determinados criterios básicos (no están *consentidas ni van a estarlo las asociaciones militares reivindicativas)* . Con ello no se prejuzga el análisis que, en su momento, vayan a realizar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, los servicios competentes del Ministerio sobre los concretos argumentos de defensa que pueda formular el recurrente, que el Ministro no tiene porqué conocer en el momento de realizar la entrevista (es mas, ésta se realizó antes de que se formulara el recurso de alzada ante el Ministro de Defensa), ni se excluye, en absoluto, que el recurso vaya a ser resuelto con objetividad por dicho Ministro, sin interferencia de interés personal alguno. Son simplemente unas declaraciones políticas, destinadas a informar a la ciudadanía, realizadas en el ámbito de las funciones de Gobierno que competen constitucionalmente al Ejecutivo, y que los Tribunales debemos respetar, por lo que no hacían necesario, a nuestro entender, que el Ministro se apartase de la resolución de un recurso de su competencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías esenciales de un proceso justo en sentencias como las del caso Delcourt (17 de Enero de 1.970), Piersak (1 de Octubre de 1.982), De Cubber (26 de Octubre de 1.984), Hauschildt (16 de Julio de 1.987), Holm (25 de Noviembre de 1.993) y Castillo-Algar (28 de Octubre de 1.998), entre otras. La imparcialidad de los jueces está vinculada a su independencia, que constituye un presupuesto necesario de su imparcialidad. La independencia constituye una nota esencial de la Jurisdicción como Potestad, y sirve de fundamento a la imparcialidad, que afecta a la Jurisdicción como Función.

En consecuencia, no pueden trasladarse las rigurosas exigencias del TEDH referidas a las condiciones de imparcialidad de los Jueces, a los órganos administrativos o políticos que resuelven recursos administrativos previos a la vía estrictamente jurisdiccional, pues la naturaleza y las condiciones en las que éstos realizan sus funciones son muy diferentes, haciéndolo imposible tanto la propia condición de parte que asume la Administración en los recursos que se interponen contra sus propios actos, como la doble condición de autoridad administrativa y cargo político que asumen los miembros del Gobierno.

Por todo ello, debió ser desestimado este motivo de recurso, entrando a resolver el resto de los motivos interpuestos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernan , estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ