Universidad de Valladolid

Escuela de Doctorado Universidad de Valladolid

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL:

LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES DE LOS MILITARES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Presentada por Fernando González Alonso para optar
al grado de
Doctor por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:
Dr. D. Juan María Bilbao Ubillos

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I. LA APLICACIÓN DEL CEDH A LOS MILITARES 13

1. LA CONDICIÓN DE MILITAR A LOS EFECTOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DEL CEDH 14

2. EL CONCEPTO DE "JURISDICCIÓN" DEL ARTÍCULO 1 DEL CEDH Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE: LA APLICACIÓN DEL CONVENIO EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO 26

2.1. La atribución de "jurisdicción" en operaciones militares conducidas por organizaciones internacionales 28
2.2. Extensión de la "jurisdicción" por la actuación de agentes de terceros Estados 31
2.3. Aplicación del CEDH a los militares de un Estado parte fuera de su territorio 32

CAPÍTULO II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DEL ARTÍCULO 5 DEL CEDH Y SU REFLEJO EN EL ÁMBITO CASTRENSE 34

1. EL CONTENIDO DEL DERECHO Y SU PARTICULAR REFLEJO EN EL ÁMBITO MILITAR 34

1.1 Conceptuación de los arrestos disciplinarios militares como privaciones de libertad a los efectos del artículo 5 del CEDH 38
1.2. La aplicación del artículo 5 del CEDH en los conflictos armados. 44
1.3. Privaciones de libertad en alta mar y CEDH. 47

2. LOS SUPUESTOS DE PRIVACIÓN LEGÍTIMA DE LA LIBERTAD Y SU APLICACIÓN A LOS MILITARES 50

2.1 Penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un tribunal competente 52
2.2. Detención preventiva por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. 55
2.3. Detención preventiva o internamiento para conducirle ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de la comisión de una infracción o se estime necesario para impedir la comisión de una nueva infracción o la huida. 59

3. EL DERECHO A SER INFORMADO DE LOS MOTIVOS DE LA DETENCIÓN 66

4. CONDUCCIÓN ANTE UN JUEZ O AUTORIDAD HABILITADA PARA EJERCER PODERES JUDICIALES SIN DILACIÓN Y SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE 70

5. EXISTENCIA DE UN RECURSO SOBRE LA DETENCIÓN 76

6. EL DERECHO A LA REPARACIÓN DE LAS DETENCIONES ILEGALES Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO CASTRENSE 84

CAPÍTULO III. EL ARTÍCULO 6: DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y GARANTÍAS DEL PROCESO EN EL CEDH. SUS MANIFESTACIONES EN EL ÁMBITO MILITAR 91

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CEDH RESPECTO A LOS MILITARES 91

1.1. Los militares como titulares del derecho al proceso justo del artículo 6.1 del CEDH 91
1.2. La compatibilidad de las jurisdicciones militares con el CEDH y la concreción de su ámbito de actuación 94
1.3. Concreción de la materia penal a efectos de aplicación del artículo 6 del CEDH y su deslinde de la materia disciplinaria en el ámbito castrense 97
1.4. La definición de "litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil" en relación con la jurisdicción militar. Las competencias de los denominados tribunales administrativos militares 111
1.4.1. Evolución del concepto de "litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil" en la jurisprudencia del TEDH 112
1.4.2. Inclusión de cuestiones referidas a los militares en dicho concepto 120
1.5. La aplicabilidad del artículo 6 en las distintas fases del procedimiento. Especial consideración de la fase de instrucción penal 123
1.5.1. Consideraciones sobre la fase de instrucción penal en nuestra jurisdicción militar 130
1.6. La extensión del ámbito competencial de las jurisdicciones militares respecto al personal no militar 133

2. EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE 139

2.1. El derecho de acceso a un tribunal como manifestación del artículo 6.1 del CEDH 139

2.2. La facultad de los Estados de limitar el acceso a los tribunales. Su incidencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas 143
2.3. Las inmunidades de jurisdicción como restricciones de acceso a los tribunales y su particular relevancia en relación con las Fuerzas Armadas 150
2.4. El establecimiento de medios efectivos para el acceso. La asistencia jurídica, incluso gratuita 156
2.4.1. El derecho de asistencia jurídica como medio de acceso al proceso. 159
2.5. El acceso a la documentación relativa a la controversia como medio de acceso al proceso 161

3. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO, PÚBLICO Y EN UN PLAZO RAZONABLE 167

3.1. A modo de introducción: el concepto de "proceso equitativo" 167
3.2. Manifestaciones del concepto de "proceso equitativo" y su incidencia en los procesos militares 170
3.2.1. Igualdad de armas y principio contradictorio 170
3.2.2. Derecho a no auto inculparse 174
3.2.3. Motivación de las resoluciones 181
3.2.4. La ejecución de las resoluciones como elemento integrante del derecho a un proceso justo. 183
3.2.5. Existencia de jurisdicción de conflictos 185
3.3. La admisión de pruebas y su relación con la equidad del proceso 187
3.4. La facultad de renuncia a los derechos y garantías del proceso. Elección entre tipologías procesales 190
3.5. La publicidad de las sesiones del juicio y de la sentencia en los procesos militares 192
3.6. El derecho a la duración "razonable" del proceso 200

4. LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ 206

4.1. Dimensiones de la determinación legal del órgano judicial 206
4.1.1. El alcance de la necesidad de ley previa en la creación de los órganos judiciales 208
4.1.2. La determinación de la composición de los tribunales mediante Ley y su relación con la imparcialidad del mismo. 209
4.1.3. Predeterminación legal del órgano y conexión de objetos procesales 212
4.1.4. La determinación por Ley de las reglas de funcionamiento de los tribunales y la igualdad de armas entre las partes procesales 212
4.2. La determinación legal de los tribunales militares 213
4.2.1. Consideración de la normativa infra legal en la determinación y funcionamiento de los órganos judiciales militares 213

4.2.2. La concreción de la composición de los tribunales militares *216*
4.2.3. Determinación legal del órgano y conflictos de jurisdicción *218*
4.2.4. Predeterminación del órgano en delitos contra el Derecho Internacional Humanitario *219*

5. LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES MILITARES 221

5.1. La independencia e imparcialidad de los órganos judiciales en la jurisprudencia del TEDH 221
5.2. Elementos de la independencia e imparcialidad judicial según el TEDH 225
5.2.1 La forma de designación del órgano judicial *227*
5.2.2. Duración del mandato *228*
5.2.3. Existencia de garantías genéricas a favor de la independencia *229*
5.2.4. Apariencia externa de independencia *229*
5.2.5. Dimensiones subjetiva y objetiva de la imparcialidad *231*
5.2.6. Apariencia de imparcialidad *234*
5.2.7. Análisis del caso concreto *235*
5.3. Análisis de esos elementos en relación con los tribunales militares 236
5.3.1 La forma de designación del órgano judicial *237*
5.3.2. Duración del mandato *240*
5.3.3. Existencia de garantías genéricas a favor de la independencia *242*
a) Estatuto jurídico de los componentes *242*
b) La organización interna del órgano judicial y la distribución de cometidos *252*
5.3.4. Apariencia externa de independencia *257*
5.3.5. Dimensiones subjetiva y objetiva de la imparcialidad *258*
5.3.6. Apariencia de imparcialidad *262*
5.3.7. Análisis del caso concreto *263*
5.4. Independencia en las distintas fases procesales 265
5.5. Sobre la independencia e imparcialidad en el enjuiciamiento a civiles. Especial referencia al caso turco 268
5.5.1. Evolución de los tribunales militares turcos *268*
5.5.2. Manifestaciones en torno a la independencia e imparcialidad de esos órganos en el enjuiciamiento de civiles. *272*

6. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LOS PROCESOS MILITARES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH 281

6.1. Contenido del derecho a la presunción de inocencia en la jurisprudencia del TEDH 281

6.2 Manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia y su incidencia en la esfera de derechos de los militares 284
6.2.1 Carga de la prueba 284
6.2.2. Presunciones legales 285
6.2.3. Declaraciones públicas 289
6.2.4. Imparcialidad del juez y de las autoridades 292
6.2.5. Presunción de inocencia durante la apelación 294
6.2.6. Presunción de inocencia y responsabilidad civil 295
6.2.7. Procedimientos subsiguientes 297
6.2.8. Relación con el derecho al honor (artículo 8 CEDH) 303

7. LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ARTÍCULO 6.3 CEDH 304

7.1. La vinculación del concepto de "proceso equitativo" con las garantías del proceso de los apartados 2 y 3 del artículo 6 CEDH y su aplicación en los procesos no penales 304
7.2. El derecho a ser informado de la acusación 306
7.2.1. Sujetos de la información 308
7.2.2. Objeto de la información. 312
7.2.3. Formas o modalidades de la información 314
7.2.4. Tiempos de la información 315
7.3. Disposición del tiempo y facilidades necesarios para la preparación de la defensa 320
7.4. El derecho a defenderse uno mismo o a designar abogado y a la asistencia letrada gratuita 321
7.4.1. Momento inicial del derecho y contenido del mismo 322
7.4.2. Medidas restrictivas del derecho 325
7.4.3. El nivel de calidad exigible a la asistencia 326
7.4.4. Formas de la asistencia letrada 328
a) Derecho a defenderse a sí mismo. 328
b) Derecho a un abogado de libre elección. 333
c) Derecho a la asistencia jurídica gratuita 337
7.4.5. Las consecuencias de la inobservancia del derecho 338
7.5. El derecho a llamar a testigos 339
7.5.1. Testigos anónimos 340
7.5.2. Peritos 345
7.6. Derecho a la asistencia gratuita de intérprete 346

CAPÍTULO IV. ARTÍCULO 7 DEL CEDH: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 349

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH 349

1.1. Prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal 352
1.2. Previsibilidad de la conducta delictiva 355
1.3. Prohibición de la analogía o interpretación extensiva 357
1.4. Garantía penal 358

2. ALCANCE DE LA PREDETERMINACIÓN LEGAL Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO EN LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES MILITARES 360

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA 366

3.1. Crímenes de guerra y sucesión de Estados 376
3.2. La incidencia del principio de legalidad en los conflictos armados no internacionales 380
3.3. Predeterminación legal de los tipos penales relativos al Derecho Internacional Humanitario 383

4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A MEDIDAS CAUTELARES DE NATURALEZA PENAL 386

5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EJECUCIÓN DE LAS PENAS. SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE, EN PARTICULAR EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS ANUDADAS A UNA PENA O SANCIÓN. 388

5.1. Principio de legalidad y ejecución de las penas 388
5.2. Ejecución de medidas administrativas derivadas de una pena o sanción 390
5.3. Su incidencia en el ámbito castrense, en particular en relación con las medidas administrativas anudadas a una pena o sanción 392

CAPÍTULO V. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR 396

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL. ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO Nº 7 AL CEDH 396

2. LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA AL ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO Nº 7 EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR 402

3. LA DOCTRINA DEL TEDH ACERCA DE LA REVISIÓN EN CASACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS Y SU PLASMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA V 406

3.1. Plasmación de esa doctrina en la jurisprudencia de la Sala V 412

4. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y SU SOMETIMIENTO A UNA SEGUNDA INSTANCIA JUDICIAL. EL CASO SAQUETTI IGLESIAS CONTRA ESPAÑA Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO CASTRENSE 418

CAPÍTULO VI. EL ARTÍCULO 4 PROTOCOLO N.º 7: *NON BIS IN IDEM* 423

1. INTRODUCCIÓN: ALCANCE DEL ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N.º 7 Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE 423

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TEDH ACERCA DE LA IDENTIDAD DE HECHOS SANCIONADOS. SUPUESTOS QUE AFECTAN A LOS MILITARES 428

3. LA SUPERPOSICIÓN DE PROCEDIMIENTOS PUNITIVOS DESDE LA ÓPTICA DEL TEDH Y SU REFLEJO EN EL DERECHO MILITAR 434

3.1. Elementos de la duplicidad de procesos: existencia de una resolución final y consideración integral de la duplicidad. 435
3.2. Concursos de infracciones y principio *non bis in idem* 438
3.3. Las excepciones a la duplicidad de procedimientos previstas en el apartado 2 del artículo 4 439

CONCLUSIONES 443

BIBLIOGRAFÍA 476

JURISPRUDENCIA 486

INTRODUCCIÓN

Hablar de derechos humanos o fundamentales supone siempre abordar una cuestión capital en el ámbito jurídico. Desde su génesis estos derechos han estado caracterizados por su universalidad pues, como evidencia su propia denominación, su *ratio esendi* es la inmanencia a la condición de ser humano y, por ende, su proclamación más allá de las delimitaciones fronterizas de los Estados. Ahora bien, como señala PRIETO SANCHÍS[1] *"la universalidad no ha de ser entendida tanto como un atributo de la titularidad de los derechos, sino preferentemente como una cualidad del bien o valor tutelado, algo que no siempre es coincidente. No todos los derechos humanos han de ser predicables -moral o jurídicamente- de todo sujeto que seamos capaces de imaginar y, por eso, creo que no existe dificultad en hablar de derechos parciales o específicos: del niño o del joven, del trabajador, de quien padece la enfermedad o la pobreza."* Por ello tales derechos fundamentales pueden encontrarse sometidos a límites que deriven de su propia naturaleza o de su necesaria subordinación, bien a los derechos de otros individuos, bien a valores o intereses colectivos merecedores de protección[2].

Afirma LÓPEZ GUERRA[3] que *"[p]ara establecer en qué casos es posible restringir o limitar los derechos reconocidos en el Convenio, la jurisprudencia del*

[1] PRIETO SANCHÍS, L. (2000) "Notas sobre el origen y la evolución de los Derechos Humanos" en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL, J.A. (eds.) y otros, *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho.* Madrid: Dykinson, pp. 35-88.

[2] ROIG, R.F. (2000) "Los Límites de los Derechos Humanos" en SORIANO DÍAZ, R.L. (dir.) y otros. *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, pp. 191-199.

[3] LÓPEZ GUERRA, L. (2021), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.* Valencia, Tirant lo Blanch, p. 51.

Tribunal ha partido de las previsiones de los artículos 8 a 11 del mismo, que presentan una estructura similar. Tras la declaración en su primer apartado del correspondiente derecho (a la vida privada, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de expresión y a las libertades de reunión y asociación) el segundo apartado del artículo admite la posibilidad de limitaciones o restricciones, partiendo de tres condicionamientos: la debida previsión legal, el que esas restricciones respondan a objetivos legítimos, listados taxativamente, y que tales limitaciones constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática."

Una de esas "medidas necesarias en una sociedad democrática" puede encontrarse en la salvaguarda de la defensa y seguridad nacionales[4]. En ese contexto resulta de general aceptación que los miembros de las Fuerzas Armadas van a quedar sometidos a un particular estatuto jurídico en el que pueden verse restringidos e incluso suprimidos algunos de sus derechos fundamentales. Se trata de límites que derivan de los cometidos que el ordenamiento jurídico va a encomendar a las Fuerzas Armadas y que –con mayor o menor intensidad- aparecen en todos los ordenamientos jurídicos.

El TEDH pronto fue perfilando la doctrina de los límites de los derechos reconocidos en el CEDH, en general (STEDH en el caso Golder contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1975) y respecto de los militares en particular (STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976). La extensa casuística valorada por esas resoluciones y la amplitud y variedad del contexto jurídico en el que las mismas se desenvuelven serían motivos suficientes para el interés por su estudio. Pero a ello debemos añadir dos importantes consideraciones.

[4] CAMERON, I. (2000) *National Security and the European Convention on Human Rights*. La Haya: Kluwer Law International. BOUAZZA ARIÑO, O. (2017). "La seguridad individual y colectiva como límite a los derechos fundamentales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en LAGUNA DE PAZ, J.C. (coord.) y otros, *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz, Vol. 1, Tomo I (El ser de la Administración Pública)*, Madrid: Reus. MILIONE, C. (2020) "La noción de seguridad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: referencias al derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de Derecho Político*, 1(107), pp. 241–267.

En primer lugar, la relevante posición que el CEDH y su interpretación por el TEDH ocupan en nuestro Derecho en materia de derechos fundamentales[5]. Esa significativa importancia del acervo jurídico emanado del CEDH opera en una doble esfera que actúa de manera circular. El CEDH forma parte de nuestro ordenamiento interno en virtud de los artículos 96.1 de la CE y 1.5 del CC y las resoluciones del TEDH dictadas en interpretación del mismo, además de la fuerza vinculante que le otorga el propio CEDH (artículo 46), gozan de un valor interpretativo constitucionalmente proclamado (artículo 10.2 CE) y del efecto revisor configurado por el artículo 5 bis de la LOPJ. Por otro lado, la integración de nuestro país en el sistema del CEDH hace que los ciudadanos puedan acudir en última instancia al TEDH en defensa de sus derechos fundamentales y que éste pueda disponer el modo en que tales derechos deben ser aplicados al caso concreto, al tiempo que genera una nueva interpretación y se produce esa actuación circular aludida.

En segundo lugar, cabe destacar que nuestras Fuerzas Armadas posiblemente sean una de las Instituciones públicas que mayor transformación han evidenciado desde la aprobación del Texto constitucional[6], pero dicho proceso no puede estimarse completado. Junto a la democratización de las mismas que imponía la Constitución, las Fuerzas Armadas se han enfrentado a fenómenos como la plena profesionalización[7], la incorporación de la mujer[8] o la

[5] Entre las muchas exposiciones sobre la incidencia de la jurisprudencia del TEDH en nuestro ordenamiento pueden consultarse, en la materia objeto de este estudio: FAGGIANI, V. (2017) *Los derechos procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal: Técnicas de armonización.* Valencia: Tirant lo Blanch; RIPOL CARULLA, S. (2007) "Incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran la vulneración por España del CEDH", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, pp. 309-346; García Roca, F.J. (2019) *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas.

[6] FAURA MARTÍN, J. (1998) "Las Fuerzas Armadas" en VV.AA. (1998). *La constitución española de 1978: 20 años de democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 237-264. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2013) "Nuevos tiempos para las Fuerzas Armadas en democracia y nuevos perfiles de sus componentes", *Working Papers*, Nº. 321, Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials.

[7] FRIEYRO DE LARA, B. (2004) *La profesionalización de las Fuerzas Armadas en España*. Almería: Universidad de Almería. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (1997) "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas". *Revista de Derecho Político*, Nº 43, pp. 13-27.

creciente participación en estructuras multinacionales, u otros comunes a la propia sociedad (conciliación de la vida profesional y familiar, reconocimiento de los derechos LGTBI+ o implantación de los avances tecnológicos, entre otros) que inciden de manera muy notable en la caracterización de los derechos fundamentales de los militares, como lo evidencian los sucesivos cambios legislativos en esta materia[9].

Entre esos fenómenos trasformadores, la incorporación de nuestro país a organizaciones supranacionales de seguridad y defensa (OTAN, Política Común de Seguridad y Defensa [PCSD] de la UE, OSCE,…) ha exigido y seguirá exigiendo una progresiva estandarización de los medios militares, incluido -no obstante su innegable singularidad- el propio recurso humano. Más allá de las reiteradas -aunque poco eficaces- voces en pro de la creación de un ejército europeo[10], la asimilación -o incluso equiparación- jurídica en el ámbito del estatuto jurídico de

---

[8] ÁLVAREZ TERÁN, R. (2012) La feminización de las Fuerzas Armadas españolas: (1988-2011). Tesis doctoral. Universidad de La Rioja. FERNÁNDEZ VARGAS, V. BUSQUETS, J. y RODRÍGUEZ, M.L. (coord.) (1991) *La mujer en las fuerzas armadas en España.* Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.

[9] Tras la aprobación del Texto Constitucional, fueron importantes las leyes adoptadas para la adecuación de las Fuerzas Armadas, así las Leyes Orgánicas 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar; 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar; 4/1987, de 15 de julio de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar o la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

Los fenómenos a los que se ha hecho mención han motivado la sustitución de prácticamente todas esas normas por otras adecuadas a los mismos, y así se han aprobado las Leyes Orgánicas 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional; 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil; 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas; 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar o la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

[10] PINTADO RODRÍGUEZ, C. (2016) "El Ejército Europeo. Entre la quimera y la necesidad", *Revista Ejército*, Nº. 904, pp. 6-13. ARTEAGA MARTÍN, F: (2018) "Defensa europea: ¿de qué ejército europeo hablan Macron y Merkel?", *Análisis del Real Instituto Elcano*, Nº. 125. ZIEBA, R. (2018) "The European Union as a security actor on the international stage toward a European army?" en PODRAZA, J.A. (coord.) *A transatlantic or European perspective of world affairs: NATO and the EU towards problems of international security in the 21st century*, pp. 65-81.

los militares constituirá un instrumento sumamente positivo dentro de esos procesos integradores, particularmente en el marco de la PCSD[11].

Por todo ello, el propósito de este trabajo es compendiar, de una forma crítica y generalmente puesta en contraste con nuestro ordenamiento jurídico nacional, la jurisprudencia del TEDH relativa a los derechos fundamentales de los militares, tratando de establecer qué estándares comunes existen en el ámbito europeo, con la aspiración de que el mismo pueda constituir un punto de partida para la generación de otras investigaciones en ese contexto y servir como referencia para abordar futuras reformas en orden al mayor respeto de los derechos fundamentales de los militares sin merma de la eficacia en las misiones que les son propias y de la mejor integración en las estructuras multinacionales.

Ha de revelarse que el propósito inicial de esta tesis doctoral era el análisis de todos los derechos y libertades recogidos en el CEDH respecto a su ejercicio por los militares. La extensión y duración del trabajo referido a los derechos y garantías relacionados con el ámbito procesal y penal llevaron a abandonar ese ambicioso alcance inicial y circunscribirlo a los referidos derechos y garantías, pues, además de la prolija jurisprudencia emanada al respecto del TEDH, es aquel que guarda una mayor relación con el ámbito de la jurisdicción militar en el que desempeño mi labor profesional desde hace ya más de 14 años. Desde el punto de vista metodológico cabe también puntualizar que la pretendida exégesis de los preceptos analizados ha tenido siempre como punto de partida las propias

[11] La armonización en materia penal, tanto en materia sustantiva como procesal, es uno de los elementos del espacio común de libertad, seguridad y justicia de la UE y se ha operado a través de diversos instrumentos como la adopción de normas mínimas comunes para los procesos penales, de disposiciones para la persecución de delitos supranacionales o la creación de la fiscalía europea.

A este respecto pueden consultarse, entre otros: DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.) y otros (2012) *La armonización del derecho procesal tras el tratado de Lisboa.* Pamplona: Aranzadi. BLASCO LOZANO, I (2003), "Armonización del derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea", *Cuadernos de derecho judicial*, Nº. 13, pp. 257-280. ARANGÜENA FANEGO, C. (2021) "Las directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados: Su implementación en el derecho español", en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) y otros, *Debates jurídicos de actualidad*, pp. 117-146.

resoluciones del TEDH, sin perjuicio de acudir también -en un momento posterior- a otras investigaciones y trabajos doctrinales sobre la materia. Generalmente se ha acudido a la versión inglesa de tales resoluciones con el fin de evitar los posibles cambios interpretativos derivados de la traducción, de manera que las transcripciones de esas resoluciones contenidas en este trabajo son, en su mayoría, obra del propio doctorando y sólo a ello cabe atribuir las posibles inexactitudes al respecto. No obstante, ha de tomarse en consideración que la traducción puede también venir influenciada por la necesidad de adecuar el idioma a las diferencias organizativas y conceptuales que presentan los distintos ordenamientos jurídicos sobre los que versan las resoluciones del TEDH.

Bajo esas premisas, el trabajo se estructura atendiendo al orden que los propios preceptos comentados siguen en el CEDH. No obstante, se ha estimado conveniente abordar en un primer capítulo algunas cuestiones referidas a la aplicación del CEDH a los militares. Primero, el alcance de las restricciones de los derechos y libertades de los militares que pueden establecerse para los mismos *intuitu personae* según la jurisprudencia del TEDH. Debe puntualizarse al respecto que el concepto de militar sobre el que se ha trabajado no es un concepto jurídico, pues es evidente que dicho término no será unívoco en todos los Estados parte del CEDH. El término se ha empleado para referirse a todo individuo sometido a un específico estatuto jurídico en su condición de miembro de unas Fuerzas Armadas, con independencia de la extensión que el mismo pueda tener en cada Estado o en virtud de circunstancias concretas. En un segundo apartado se efectúa una aproximación a la aplicación de los derechos y libertades proclamados por el CEDH en las operaciones militares en que se encuentren implicados los Estados partes, pues se trata de un tema que afecta de manera significativa a la aplicación del CEDH en el ámbito castrense.

Seguidamente el capítulo II aborda el análisis de la jurisprudencia del TEDH que, referida al artículo 5 del CEDH, incide particularmente en los militares. El mismo comienza con el estudio de las distintas manifestaciones que comprenden

el derecho a la libertad y como pueden afectar a la esfera de derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas. Resulta necesario atender a los supuestos de privación legítima de la libertad que contempla el apartado 1 de ese artículo 5 y cómo se ha entendido por la jurisprudencia del TEDH que pueden ser aplicados a los militares, atendiendo fundamentalmente a la práctica, comúnmente aceptada en varios Estados parte del Consejo de Europa, de permitir sanciones disciplinarias limitativas de la libertad individual para sus militares. El capítulo prosigue con el análisis de las distintas garantías establecidas en los apartados 2 a 6 del precepto para la protección de los individuos privados de libertad y las restricciones a las mismas que pueden resultar admisibles respecto al personal militar, conforme al propio TEDH. Pensemos, por ejemplo, en las particulares condiciones que pueden concurrir en una zona de conflicto armado o durante una navegación de un buque de guerra.

El capítulo III constituye el eje principal del trabajo, ya que aborda el estudio del artículo 6 del CEDH. De forma proporcional a la importancia cuantitativa que el artículo representa en la jurisprudencia del TEDH, su análisis va a conformar el capítulo marcadamente más extenso del trabajo (más de la mitad del mismo) y, atendido el carácter vertebrador del derecho a la tutela judicial efectiva sobre el resto de derechos y garantías procesales, también el más relevante. Se ha comenzado por estudiar el ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH con relación a los militares y la valoración que el TEDH ha efectuado de las jurisdicciones militares, en particular si éstas pueden extender su competencia al personal civil. Dentro de esa aplicación resulta necesario deslindar entre la materia penal y la disciplinaria y concretar en qué medida la segunda ha de quedar sometida a las exigencias derivadas del precepto. Pero también cabe considerar su aplicación a litigios relativos a cuestiones propias del estatuto jurídico militar, que en nuestro Derecho se encuentran sometidas al orden contencioso administrativo, y que, según veremos, también han de observar ciertas garantías procesales según la jurisprudencia del TEDH. También en cuanto al alcance del precepto, se analiza el modo en que las distintas garantías

procesales pueden ser exigibles en las diferentes fases del proceso penal, concretamente en la investigación de delitos militares.

Siguiendo con el artículo 6 del CEDH, el derecho que ha de estimarse como pórtico del genérico derecho a la tutela judicial efectiva es el de acceder a un tribunal, es decir el de someter un litigio a la decisión de un órgano judicial. Aquí resulta de particular interés conocer qué limites ha considerado la jurisprudencia del TEDH como admisibles respecto al ejercicio de este derecho por parte de los militares, en atención a esas restricciones derivadas de su estatuto a las que antes nos hemos referido. Las denominadas inmunidades jurisdiccionales, como límite a ese derecho de acceso, pueden tener una particular significación en el contexto castrense, pues son muestra de la soberanía de un Estado como lo es la existencia misma de unas Fuerzas Armadas. Dentro del derecho de acceso a un tribunal se han estudiado algunas resoluciones del TEDH referidas a particulares manifestaciones del mismo y que inciden marcadamente en el ámbito militar, tales como las que afectan a la asistencia jurídica o el acceso al expediente judicial.

Ese derecho de acceso a los órganos judiciales que proclama el artículo 6 del CEDH no opera en el vacío, sino que ha de llevarse a cabo a través de un proceso equitativo, público y en plazo razonable. La ponderación de la equidad del proceso va a ser una cuestión necesitada de concreción legal, pero la dilatada jurisprudencia del TEDH ha establecido importantes criterios a través de la interpretación de numerosa casuística, referida a cuestiones tales como la admisión de pruebas, la disposición de las partes respecto a sus derechos procesales o el carácter imperativo de estos, o la necesidad de equilibrio entre las facultades de algunas partes del proceso -en especial las atribuidas al ministerio público-; muchas de estas pautas adquieren una particular significación en relación con los procesos militares, bien sea por las particulares circunstancias en que pueden ocurrir los delitos militares o bien por la necesidad de atender a otros intereses jurídicos merecedores de protección. También la publicidad del proceso

o la razonabilidad del plazo para su tramitación pueden verse afectadas por esos condicionantes propios del ámbito castrense, con pronunciamientos al respecto por parte del TEDH.

Otro de los protagonistas principales en el derecho a la tutela judicial será, obviamente, el órgano judicial. El artículo 6 del CEDH establece expresamente la necesidad de que sea *"independiente e imparcial, establecido por la ley",* caracteres que no pueden estimarse meramente formales, sino que poseen un alcance material: sin esas notas el derecho a un juicio justo resultaría inane. Más allá de las conocidas SSTEDH que afectaron a nuestro país en los ya lejanos casos Castillo Algar (de 28 de octubre de 1998) o Perote Pellón (de 25 de julio de 2002), el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse prolijamente sobre la configuración de órganos judiciales militares, conformando una estimable doctrina sobre la que construir futuras configuraciones del sistema de justicia militar.

Los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH contienen un amplio catálogo de garantías del proceso penal, las cuáles muchas veces van a presentar notas características en el contexto de la justicia penal militar. La presunción de inocencia actúa como regla de tratamiento, que impide tener a un individuo por culpable antes de que sea demostrada su culpabilidad en un juicio justo, y como regla de juicio, que exige que el juzgador parta de la inocencia del acusado y, por tanto, que la carga de la prueba recaiga sobre la acusación. Las manifestaciones que se desprenden de ambas reglas tienen una particular incidencia en el ámbito militar en aspectos tales como las manifestaciones públicas efectuadas por las autoridades o los jueces con carácter previo a un proceso, su afectación a la responsabilidad civil o las consecuencias de una absolución en procedimientos subsiguientes, entre otras cuestiones. Por su parte las garantías propias del proceso penal, recogidas en el apartado 3 del artículo 6, deben ser interpretadas atendiendo a las específicas condiciones a que se someten los militares en el desarrollo de sus cometidos. Por ejemplo, la disposición de tiempo y facilidades necesarios para la preparación de la defensa puede venir modulada por esas

condiciones de la vida militar, que también pueden suponer una restricción justificada del derecho a designar letrado o a llamar a testigos, especialmente cuando nos encontremos en un contexto de conflicto armado. El empleo de peritos también se ve condicionado en ocasiones por las especificidades técnicas de los medios y equipos militares, pues restringe enormemente las personas imparciales que puedan emitir un juicio técnico sobre los mismos.

Continuando con el orden numérico del articulado del CEDH, el capítulo IV trata de analizar los aspectos de su artículo 7 que inciden en la esfera de derechos de los militares. El principio de legalidad penal que proclama el precepto tiene importantes efectos en el ámbito castrense, especialmente en lo que se refiere al grado de predeterminación legal exigible a la hora de tipificar infracciones. La protección de bienes jurídicos como la disciplina, la cohesión o la imagen de la institución no siempre es fácil de identificarse con conductas concretas, por lo que en muchas ocasiones las infracciones van a ser definidas por remisión a otras normas o simplemente a reglas o pautas de comportamiento. Uno de los supuestos en los que el principio de legalidad ha propiciado un mayor número de pronunciamientos por parte del TEDH es en relación con los denominados crímenes de guerra o, en expresión más actual, violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Incluso antes de su codificación y plasmación en textos jurídicos internacionales, esas violaciones eran reconocidas por la comunidad internacional, lo que ha motivado una interpretación que podemos considerar más laxa del principio de legalidad penal al respecto. También presenta aspectos particulares la aplicación del principio en su dimensión de *nulla pena sine lege,* concretamente en lo relativo a la previsión de las medidas cautelares o aquellos efectos administrativos que, no estando previstos como penas, se aplican por la imposición de una determinada condena o sanción.

Y no podía dejar de atenderse al articulado de los protocolos adicionales al CEDH. Concretamente el Protocolo nº 7, adoptado el 22 de noviembre de 1984 y con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1988 (España, a pesar de su firma en

el momento de su adopción, no lo ratificó hasta el 16 de septiembre de 2009) introdujo dos importantes derechos en materia procesal: el derecho a una segunda instancia en el ámbito penal y la proclamación del principio *non bis in idem.*

El capítulo V analiza el derecho a la segunda instancia penal establecido en el artículo 2 de ese Protocolo nº 7 y su aplicación en el ámbito militar. Se trata de un precepto que ha merecido un significativo número de condenas contra España. La falta de adecuación de nuestra legislación ha sido parcialmente subsanada mediante diversas reformas, pero la misma no ha alcanzado a la jurisdicción castrense, donde sigue sin existir un recurso ordinario de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia. Ese incumplimiento del artículo 2 del Protocolo nº 7 ha tratado de paliarse mediante la aplicación magnánima del recurso de casación por parte de la Sala V del Tribunal Supremo, medida que analizaremos a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Finalmente, considerando la STEDH recaída en el caso Saquetti Iglesias contra España en la que se hace extensivo el derecho a la segunda instancia respecto a sanciones administrativas que, de acuerdo con la doctrina del TEDH, puedan ser calificadas como "materia penal", se plantea la cuestión de si algunas de las sanciones disciplinarias militares pudieran merecer ese calificativo y exigir esa segunda instancia judicial de revisión.

El sexto y último capítulo estudia el artículo 4 del referido Protocolo nº 7 que, como hemos dicho, recoge el principio *non bis in idem.* Se trata de un principio que plantea la necesidad de determinar cuándo nos encontramos ante unos mismos hechos a los efectos de su aplicación, debiendo deslindar esa identidad de hechos de los supuestos de concursos de delitos. Además, el segundo elemento del principio obliga a valorar cuándo puede hablarse de una duplicidad de procedimientos penales y bajo qué condiciones pueden darse dos procedimientos de distinta naturaleza. Ambos aspectos platean cuestiones

específicas en el ámbito militar, a las que tratará de darse respuesta atendiendo a las interpretaciones seguidas por el TEDH en determinados supuestos.

CAPÍTULO I

LA APLICACIÓN DEL CEDH A LOS MILITARES

SUMARIO: 1. La condición de militar a los efectos de aplicación de los derechos y libertades del CEDH. 2. El concepto de "jurisdicción" del artículo 1 del CEDH y su incidencia en el ámbito castrense: la aplicación del Convenio en situación de conflicto armado.

El ámbito de aplicación del CEDH viene determinado por lo dispuesto en su artículo 1, cuando establece que *"las Altas Partes contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio".* Como afirma LÓPEZ GUERRA[12], *"el Tribunal ha podido especificar que, a los efectos del Convenio, el ámbito de la jurisdicción de cada Estado se extiende no solamente a su territorio, y elementos asimilados en Derecho Internacional (sedes diplomáticas, o barcos de guerra, por ejemplo) sino también a aquellos supuestos en que la actuación del Estado en cuestión supone el ejercicio de poderes públicos en el territorio de otro. Estado, esto es, cuando ejerce control y autoridad en ese territorio."*

A la vista del citado artículo 1 del CEDH cabe efectuar dos afirmaciones particularmente significativas para el propósito de este estudio. En primer lugar, que el CEDH no establece ninguna restricción generalizada de la aplicación del Convenio en función del estatuto jurídico de los individuos, particularmente -en lo que aquí interesa- en atención a la condición de militares. En segundo lugar, que

[12] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:42).

la jurisdicción del Estado a la que se refiere el precepto puede venir determinada, como veremos, por la actuación de los militares más allá de su territorio. A modo de introducción, y sin perjuicio de lo que merezca el análisis particular de cada uno de los derechos que se abordarán en este trabajo, se estima conveniente analizar esas dos afirmaciones.

1. LA CONDICIÓN DE MILITAR A LOS EFECTOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DEL CEDH.

Como ha quedado expuesto, el CEDH no establece ninguna restricción general de aplicación en atención a la condición de militar de los titulares de los derechos y libertades en él reconocidos. Únicamente prevé ciertos límites en el ejercicio de algunos de ellos en virtud de circunstancias que pueden concurrir específicamente en el ámbito castrense. Así, respecto de la prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados establecida en el artículo 4 del CEDH, su apartado 3 señala que *"[n]o se considera como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo: […] b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio."* En el artículo 6.1 del CEDH se permite condicionar la publicidad del proceso judicial *"en interés* […] *del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática…"* O el apartado 2 del artículo 8 autoriza la injerencia de las autoridades públicas en la vida privada y familiar en atención a una razón legalmente prevista que *"en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional".* E igualmente respecto de las restricciones que pueden imponerse a la libertad de manifestar las convicciones o la religión (artículo 9.2), a la libertad de expresión (artículo 10.2) o a la libertad de reunión y asociación (artículo 11.2).

La ausencia de esa previsión general de limitación de los derechos fundamentales de los militares no ha sido óbice para que haya sido comúnmente aceptada la existencia de restricciones que derivan inexorablemente de esa condición de militar. La Oficina de la OSCE para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) ha expresado[13] que *"[a] diferencia de otro grupo de ciudadanos, a los miembros de las Fuerzas Armadas se les puede, en el curso de sus deberes oficiales, ordenar matar a otras personas y sacrificar sus propias vidas. La vida militar puede involucrar el servicio bajo condiciones duras y extremas. Aún en circunstancias normales, puede haber poca separación entre la vida privada y los deberes oficiales, por ejemplo, donde el personal vive en los cuarteles. Estos factores especiales, distintivos de la vida en las Fuerzas Armadas, confirman la necesidad de establecer limitaciones en los derechos humanos del personal de las Fuerzas Armadas."*

A este respecto se aprecia un paralelismo con lo que sucede en nuestro Derecho interno. La STC 11/1981, de 8 de abril, declaró que *"en algunas ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución solo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos."* En lo relativo al ámbito concreto de los derechos de los militares, por ejemplo, la STC 371/1993, de 13 de diciembre, disponía: *"Ha de concluirse, en el sentido de la jurisprudencia citada, que el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la Institución Militar, que garanticen no solo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de*

[13] LEIGH, I., BORN, H., LAZZARINI, C. y CLEMENTS, I. (2008) *Manual sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales sobre el Personal de las Fuerzas Armadas,* Varsovia: Oficina de la OSCE para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), p. 23.

debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985, fundamento jurídico 4.º, ''disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la CE les asigna, una especial e idónea configuración".

Como señala FERNÁNDEZ GARCÍA[14] *"con independencia de las salvedades expresas que figuran en el texto constitucional (véanse los arts. 25.3, 28.1, 29.2 o 70.1), los militares son titulares de los derechos fundamentales contenidos en el título I de la Constitución sin distinción respecto a cualquier otro ciudadano, de forma que las restricciones a los derechos fundamentales deben justificarse para cada caso concreto en los tan mentados bienes o principios con relevancia constitucional, solo en la medida en que ello sirva a la eficacia y operatividad de los ejércitos de acuerdo con las propias previsiones constitucionales."* Por su parte, GÓMEZ MARTÍNEZ[15] atiende a la exposición de motivos de la ya derogada Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, en la que se establecía que *"la condición de militar en su sentido más amplio queda configurada por la sujeción a los principios de disciplina, jerarquía y unidad característicos de la organización militar, a unas reglas morales de actuación y a las leyes penales y disciplinarias militares."* añadiendo el autor que *"las fuentes básicas que proporcionarán los elementos componentes del estatus del militar de carrera serán las normas que regulan estos aspectos."* Pero en cuanto a las específicas limitaciones de los derechos fundamentales de los militares afirma que *"[e]l punto de apoyo de todas las limitaciones es la importancia de la misión de las Fuerzas Armadas, que obliga a una configuración específica e idónea de estas y exige que estén organizadas según un sistema jerárquico y disciplinado, lo*

[14] FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (2015) *Los derechos fundamentales de los militares.* Madrid: Ministerio de Defensa, p. 29.

La cuestión es profusamente desarrollada en la Parte I de esa obra, particularmente en los capítulos II y III de la misma.

[15] GÓMEZ MARTÍNEZ, R. (2008) *El estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera en España. Antecedentes, fundamento y situación actual.* Tesis doctoral. Universidad de Granada. pp. 342-343 y 441.

que condiciona el ejercicio por los militares de sus derechos fundamentales y libertades públicas y se manifiesta en una especial situación de sujeción."

En el ámbito del CEDH, señalan PRECIADO DOMÈNECH y PINTO DE ALBUQUERQUE[16] que *"en el contexto particular de las fuerzas armadas, el TEDH ha reconocido anteriormente que los derechos de los militares podrían estar sujetos a más restricciones que las que se aplican a los civiles. Al mismo tiempo, el TEDH también subrayó que el CEDH no se detiene a las puertas de los cuarteles y que los militares, como todas las demás personas dentro de la jurisdicción de un Estado parte, tienen el derecho a beneficiarse de la protección del CEDH. Las restricciones a sus derechos no pueden aceptarse sino en el caso en que haya razones particularmente serias, como la amenaza para la eficiencia operativa de las fuerzas armadas."*

La condición de militar opera, por tanto, como elemento justificativo de la restricción de los derechos fundamentales, tanto en los ordenamientos internos como en el contexto internacional. El mayor o menor alcance de esas restricciones va a depender de muy diversos factores (históricos, culturales, etc.) que inciden en la concepción misma de la Institución castrense en el ámbito de que se trate.

Señala ROWE[17] que *"[t]al vez no sea demasiado exagerado concluir que, dado que el propósito fundamental de un ejército es luchar durante un conflicto armado, las necesidades de un individuo se tratan como subordinadas a este propósito."* Sin embargo, ese amplio y ambiguo criterio sería igualmente válido para justificar restricciones de derechos en otros colectivos que atienden servicios públicos esenciales, por ejemplo, sanitarios, servicios de emergencias o buena parte de los empleados públicos. Tampoco la incorporación voluntaria a las

[16] PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (2020) *Hablemos de Derechos Humanos. La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque,* Valencia, Tirant lo Blanch, p. 560.

[17] ROWE, P.J. (2006) *The impact of human rights law on armed forces.* Cambridge: Cambridge University Press, p. 6.

Fuerzas Armadas puede ser causa suficiente para justificar una restricción de derechos fundamentales, pues como afirma ROWE[18], *"[e]s difícil concluir que, por el mero hecho de incorporarse voluntariamente a las Fuerzas Armadas, una persona haya consentido cualquier tratamiento al que pueda ser sometida en las Fuerzas Armadas, o que haya renunciado a los derechos humanos de que dispone como civil. Al alistarse, no habrá renunciado a ningún derecho humano específico de que disponga, aunque esos derechos deben considerarse en un contexto militar. Ningún instrumento de derechos humanos estipula directamente tal cosa."*

Estas restricciones se muestran de modo más acusado en los derechos denominados de participación política. Así, para la ODIHR[19], *"las restricciones a estos derechos pueden ser justificadas en virtud de la necesidad de asegurar la neutralidad política de las Fuerzas Armadas. Este es un objetivo que está reconocido en el Derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica. El párrafo 23 del Código de Conducta sobre los Aspectos Político–Militares de la Seguridad de la OSCE establece que: «Cada Estado participante, aun atendiendo al ejercicio de los derechos civiles de los miembros de las Fuerzas Armadas, velará para que éstas, como tales, sean políticamente neutrales»."*

El TEDH se ha pronunciado desde muy temprano acerca de estas restricciones inmanentes a la condición militar. La STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, constituye un significativo punto de partida en la construcción de esta doctrina, como se pondrá de manifiesto también a lo largo de todo este trabajo. Los fundamentos jurídicos de esa sentencia, sin perjuicio del individualizado análisis de las restricciones a concretos derechos del CEDH, comenzaban exponiendo: *"Como coincidieron en indicar el Gobierno, la Comisión y los demandantes, el Convenio se aplica en principio a los*

[18] ROWE, P.J. (2006: 10).

[19] LEIGH, I., BORN, H., LAZZARINI, C. y CLEMENTS, I. (2008:74).

miembros de las Fuerzas Armadas y no sólo a los civiles. Especifican los artículos 1 y 14 (art. 1, art. 14) que "toda persona sometida a la jurisdicción" de los Estados contratantes gozará "sin discriminación" de los derechos y libertades enunciados en la Sección I. El artículo 4, apartado 3, letra b) (art. 4-3-b), que excluye el servicio militar de la prohibición de trabajos forzosos u obligatorios, confirma además que, por regla general, las garantías del Convenio se extienden a los militares. Lo mismo ocurre con el apartado 2 del artículo 11 (art. 11-2) in fine, que permite a los Estados introducir restricciones especiales al ejercicio de las libertades de reunión y asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas.

No obstante, a la hora de interpretar y aplicar las normas del Convenio en el presente caso, el Tribunal debe tener en cuenta las características particulares de la vida militar y sus efectos sobre la situación individual de los miembros de las Fuerzas Armadas."

Posteriormente se afirmaba que *"[d]urante la preparación y posterior celebración del Convenio, la gran mayoría de los Estados contratantes poseían Fuerzas Armadas y, en consecuencia, un sistema de disciplina militar que, por su propia naturaleza, implicaba la posibilidad de imponer a algunos de los derechos y libertades de los miembros de dichas fuerzas limitaciones que no podían imponerse a los civiles. La existencia de tal sistema, que dichos Estados han conservado desde entonces, no es en sí misma contraria a sus obligaciones."*

Para establecer esas limitaciones que no aparecen determinadas expresamente en el texto del Convenio, el TEDH ha acudido al concepto de las *"particulares características* –o condiciones- *de la vida militar"*. Y así, la propia STEDH en el caso Engel, hace referencia a que *"las condiciones y exigencias de la vida militar son por naturaleza diferentes de las de la vida civil"* (párrafo 73) o a que *"no debe prescindir* -el Tribunal- *a este respecto ni de las características particulares de la vida militar (párrafo 54 in fine supra), ni de los "deberes" y*

"responsabilidades" específicos que incumben a los miembros de las Fuerzas Armadas" (párrafo 100).

Ese concepto de *"las exigencias de la vida militar"* ha sido posteriormente empleado en sucesivas SSTEDH. Por ejemplo, la STEDH en el caso De Jong, Baljet y Van den Brink contra Países Bajos, de 22 de mayo de 1984, se refiere a tales circunstancias, pero en el sentido de que ni siquiera las mismas podían justificar el retraso en la puesta a disposición ante un juez de las personas detenidas o su acceso a un recurso, a tenor de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 5 del CEDH. En el mismo sentido se pronunciaron las SSTEDH en los casos Duinhof y Duijf; y Van Der Sluijs, Zuiderveld y Klappe; ambas contra Países Bajos e igualmente de fecha 22 de mayo de 1984, así como Koster contra Países Bajos, de 28 de noviembre de 1991.

La concreción de esas *"exigencias de la vida militar"* que inciden en sus derechos y libertades ha sido una preocupación constante del Consejo de Europa. Así, puede hacerse mención de la Resolución 1166 adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 22 de septiembre de 1998, relativa a los derechos humanos de quienes realizan el servicio militar obligatorio[20]. En ella se empleaba ya el concepto de "ciudadanos de uniforme" indicándose que dichos reclutas deberían disfrutar de los mismos derechos fundamentales que los civiles, si bien los Estados podrían establecer restricciones en el ejercicio de tales derechos si ello resultaba justificado *"de acuerdo con las específicas circunstancias o para el mantenimiento de la disciplina"*, invitando a los Estados miembros a promover determinados derechos civiles y sociales entre estos militares.

Más tarde, concretamente el 24 de febrero de 2010, el Comité de Ministros aprobaría una recomendación sobre los derechos humanos de los miembros de

[20] https://pace.coe.int/en/files/16645

las Fuerzas Armadas[21]. En ella se recopilan aspectos que progresivamente se habían ido apuntando en otras resoluciones[22] y que vienen a proclamar la plena aplicación de los derechos y libertades del CEDH a los militares. Sin embargo, la propia aprobación de este tipo de resoluciones evidencia que el ejercicio efectivo de algunos de estos derechos es objeto de restricciones respecto al personal militar de los Estados miembros.

Resulta relevante destacar la referencia a la protección frente a la tortura y los tratos degradantes, cuestión particularmente polémica en el ámbito castrense por la existencia de prácticas iniciáticas o aspectos relacionados con la instrucción militar que pueden alcanzar ese carácter. Como tiene declarado reiteradamente el TEDH, esa prohibición reconocida en el artículo 3 del CEDH no sólo contiene una obligación de carácter negativo, sino que también impone a los Estados obligaciones positivas, concretamente la de llevar a cabo una investigación independiente y eficaz ante cualquier sospecha de ese tipo de tratos, la cual se extiende al ámbito castrense y resulta particularmente exigible cuando afecta *"a las categorías más vulnerables tales como, por ejemplo, los que prestan el servicio militar obligatorio"* -dice la recomendación-. Además, señala que *"[l]os Estados miembros deberían tomar medidas para fomentar la notificación de acciones de tortura o maltrato en las Fuerzas Armadas y proteger de posibles represalias a quienes notifiquen dichas acciones."* De esta manera

[21] Recomendación CM/Rec(2010)4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los derechos humanos de los miembros de las fuerzas armadas.https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cf8efDicha recomendación se encuentra sujeta a una posible revisión, planteada al Comité Director de Derechos Humanos (CDDH) del Consejo de Europa por parte de la Secretaría General de la Organización Europea de Asociaciones y Sindicatos Militares (EUROMIL):https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-possible-review-of-the-recomm/1680a05b24

[22] Recomendación del Comité de Ministros n°. R (87) 8 relativa a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, así como las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 1742 (2006) sobre "Derechos humanos de los miembros de las fuerzas armadas", 1714 (2005) sobre la "Abolición de restricciones al derecho de voto", 1572 (2002) sobre el "Derecho de asociación para miembros del personal profesional de las fuerzas armadas", 1518 (2001) sobre el "Ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en los Estados miembros del Consejo de Europa" y 1380 (1998) sobre "Derechos humanos de quienes realizan el servicio militar obligatorio" (esta aprueba como recomendación lo acordado previamente en la resolución 1166 a la que se ha hecho mención).

puede entenderse que en el seno del Consejo de Europa, si bien se ha entendido que las circunstancias de la vida militar pueden constituir un argumento de restricción de algunos de los derechos y libertades del CEDH, también pueden motivar una particular exigibilidad hacia los Estados en cuanto a sus obligaciones positivas. En particular, son numerosos los asuntos relacionados con el suicidio de militares en los que el TEDH ha constatado la existencia de una lesión del artículo 2 del CEDH por la falta de una investigación efectiva[23]. En estos casos el TEDH considera que la obligación de los Estados de proteger de manera efectiva la vida y la integridad física y de investigar de forma eficaz los ataques contra las mismas comprende *"las lesiones o muertes que se producen, no sólo bajo detención, sino también en asuntos bajo el control exclusivo de las autoridades del Estado porque, en ambas situaciones, los hechos en cuestión se encuentran en su totalidad, o en gran parte, bajo el conocimiento exclusivo de las autoridades."*[24]

En cuanto al aspecto restrictivo de esas condiciones particulares de los militares, la STEDH en el caso Lustig-Prean y Beckett contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999, expone que *"[c]uando el objetivo nuclear perseguido respecto a la seguridad nacional es la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, resulta admitido que cada Estado es competente para organizar su propio sistema de disciplina militar y goza de cierto margen de apreciación al respecto (véase la sentencia Engel y otros, antes citada, p. 25, § 59). El Tribunal considera asimismo que el Estado puede imponer restricciones al derecho de un individuo al respeto de su vida privada cuando exista una amenaza real para la eficacia*

[23] Entre ellos, SSTEDH en los casos Kilavuz, de 21 de octubre de 2008; Abdullah Yilmaz, de 17 de junio de 2008; Beker, de 24 de marzo de 2009; o Servet Gündüz y otros, de 11 de enero de 2011, todos ellos contra Turquía; o en el caso Mosendz contra Ucrania, de 17 de enero de 2013.

En el mismo sentido la STEDH (GS) en el caso Natchova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005, en el que se estima la vulneración del artículo 2 del CEDH por el uso improcedente de la fuerza y la falta de una investigación eficaz posterior respecto a la muerte, por el disparo de un comandante de la policía militar, de dos reclutas gitanos desarmados, que se habían ausentado sin autorización de su unidad y trataban de huir para evitar su arresto.

[24] STEDH en el caso Akkum y otros contra Turquía, de 24 de marzo de 2005.

operativa de las Fuerzas Armadas, ya que el buen funcionamiento de un ejército es difícilmente imaginable sin normas jurídicas destinadas a impedir que el personal militar lo menoscabe. Sin embargo, las autoridades nacionales no pueden basarse en tales normas para frustrar el ejercicio por parte de los miembros individuales de las Fuerzas Armadas de su derecho al respeto de su vida privada, derecho que se aplica al personal militar como a las demás personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. Además, las afirmaciones relativas a un riesgo para la eficacia operativa deben "justificarse con ejemplos concretos" (véanse, mutatis mutandis, la sentencia Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi, antes citada, p. 17, §§ 36 y 38, y la sentencia Grigoriades, antes citada, pp. 2589-90, § 45).” Por tanto, las restricciones de derechos de los militares podrán ampararse en una necesidad de mantenimiento de la disciplina o cualquier otro valor esencial de la Institución, pero siempre que exista una relación evidente entre esa concreta necesidad y la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, atendiendo a la concreta restricción que se adopta.

Como se anticipó, esas restricciones son particularmente significativas en los derechos denominados de participación política, como el derecho de asociación, sindicación o manifestación. Como señala la STEDH (GS) en el caso Rekvényi contra Hungría de 20 de mayo de 1999 *“la obligación impuesta a determinadas categorías de funcionarios públicos, incluidos los funcionarios de policía, de abstenerse de actividades políticas tiene por objeto despolitizar los servicios en cuestión y contribuir así a la consolidación y el mantenimiento de la democracia pluralista en el país.* […] *los ciudadanos tienen derecho a esperar que, en sus relaciones con la policía, se enfrenten a funcionarios políticamente neutrales y ajenos a la contienda política,* […]*. En opinión del Tribunal, el deseo de garantizar que el papel crucial de la policía en la sociedad no se vea comprometido por la corrosión de la neutralidad política de sus funcionarios es compatible con los principios democráticos.”* Esa justificación resulta extensible a los miembros de las Fuerzas Armadas por la consideración de las mismas como servicio público

sometido al poder político. No obstante, como señalan BILBAO UBILLOS y MACHO CARRO[25] la jurisprudencia posterior ha ido modulando esas restricciones y así, la STEDH en el caso Matelly contra Francia, de 2 de octubre de 2014[26], declaró que la prohibición absoluta de crear o adherirse a una organización para la defensa de sus intereses profesionales impuesta a los miembros de la Gendarmería francesa, un cuerpo sometido a disciplina militar, vulneraba la libertad de asociación garantizada en el artículo 11 del CEDH. El Tribunal insiste en que la especificidad de las misiones encomendadas a los militares exige una adaptación de la actividad sindical y puede justificar ciertas restricciones al ejercicio de la libertad sindical, pero no se les puede privar del derecho de asociación para la defensa de sus intereses profesionales y morales.

Respecto a la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del CEDH, los límites que el propio apartado 2 del precepto establece fueron puestos en relación con el particular estatuto de los militares tanto en la STEDH en el caso Engel como en la STEDH en el caso Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria, de 19 de diciembre de 1994. En esta última, tras declarar que el mantenimiento del orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas puede constituir un fin legítimo para la restricción de la libertad de expresión y el derecho a la información, se arguye que el contenido de la revista que pretendían distribuir los recurrentes entre sus compañeros soldados, *"no parece hostil al Ejército austriaco ni de carácter partidista. En particular, no hay indicios de que la revista pretenda socavar la disciplina militar."* Y se analiza en particular si la distribución de esa revista en los cuarteles militares podía causar algún problema de organización. En definitiva, el TEDH va a analizar la concreta

[25] BILBAO UBILLOS, J.M. y MACHO CARRO, A. (2023) "Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (artículo 11 CEDH)" en GARCÍA ROCA, F.J., SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M. (coord.) *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*, Vol. 2, pp. 787-844.

[26] El demandante, un militar fundador y dirigente de una asociación denominada *"Forum gendarmes et citoyens"*, se vio obligado a dimitir como miembro de la misma por orden de sus superiores, quienes estimaban que la asociación era un grupo de carácter sindical y, por tanto, estaba prohibido por el Código de Defensa francés.

restricción adoptada y su adecuación y proporcionalidad con un fin legítimo y necesario en una sociedad democrática, elementos que considero aplicables al resto de derechos del CEDH en los que no se establecen expresamente esos elementos de ponderación.

Un compendio de toda esta jurisprudencia lo encontramos en la STEDH (GS) en el caso Konstantin Markin contra Rusia de 22 de marzo de 2012: *"El Tribunal ha aceptado en varias ocasiones que los derechos del personal militar en virtud de los artículos 5, 9, 10 y 11 del Convenio pueden restringirse en determinadas circunstancias en mayor medida de lo que sería permisible en el caso de los civiles. Así, por lo que respecta al artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 5, el Tribunal ha considerado que el uso de la privación de libertad como sanción disciplinaria que podía imponerse al personal militar, pero no a los civiles, no daba lugar a ninguna discriminación incompatible con el Convenio, porque las condiciones y exigencias de la vida militar eran por naturaleza diferentes de las de la vida civil (véase Engel y otros, citada anteriormente, § 73). Además, con respecto al artículo 9, el Tribunal ha observado que ciertas restricciones sobre la conducta y las actitudes motivadas por la religión, aunque no podían imponerse a los civiles, eran aceptables en el ejército. Al elegir seguir una carrera militar, los miembros de las Fuerzas Armadas han aceptado por voluntad propia un sistema de disciplina militar y las limitaciones de derechos y libertades que implica (véase Kalaç, citada anteriormente, § 28, y también Larissis y otros c. Grecia, 24 de febrero de 1998, §§ 50-51, en relación con el proselitismo en el ejército). Del mismo modo, al examinar casos en virtud del artículo 10, el Tribunal ha sostenido que es necesario tener en cuenta las condiciones especiales inherentes a la vida militar y los "deberes" y "responsabilidades" específicos que incumben al personal militar, en su calidad de miembros de las Fuerzas Armadas."* Pero a continuación indicaba: *"Al mismo tiempo, el Tribunal también ha subrayado que el Convenio no se detiene a las puertas de los cuarteles y que el personal militar, al igual que todas las demás personas sujetas a la jurisdicción de los Estados contratantes, tiene derecho a la protección del Convenio. Por tanto, las autoridades nacionales*

no pueden invocar el estatuto especial de las Fuerzas Armadas para frustrar los derechos de los militares. Cualquier restricción de sus derechos en virtud del Convenio, para estar justificada, debe satisfacer la prueba de necesidad en una sociedad democrática (véanse, con respecto al artículo 10, Grigoriades v. Grecia, 25 de noviembre de 1997, §§ 45-48, y Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi v. Austria, 19 de diciembre de 1994, §§ 36-40,)."

Será, por tanto, esa ponderación y motivación el tema clave a abordar y la cuestión capital que justifica el objeto de este estudio respecto a los concretos derechos y libertades a los que el mismo se refiere.

2. EL CONCEPTO DE "JURISDICCIÓN" DEL ARTÍCULO 1 DEL CEDH Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE: LA APLICACIÓN DEL CONVENIO EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO.

Como ya expusimos, el ámbito de lo castrense afecta a los criterios de aplicación del CEDH desde otra perspectiva. El artículo 1 del CEDH dispone que *"Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio."* La jurisprudencia del TEDH ha ido progresivamente estableciendo que pueden entenderse sometidas a la jurisdicción de un Estado parte las personas que, aun encontrándose en el territorio de un tercer Estado, se han de estimar sometidas al control efectivo de ese Estado parte.

El estudio de la aplicación extraterritorial del CEDH ha ido progresivamente en aumento, paralelamente a la extensión que al respecto ha ido generándose desde la propia doctrina del TEDH. En lo concerniente a la aplicación del CEDH en operaciones militares, la cuestión ha sido ampliamente estudiada por WALLACE[27],

[27] WALLACE, S. (2019) *The application of the European Convention on Human Rights to military operations*. Cambridge: Cambridge University Press.

para quien *"[c]uando el Tribunal habla de jurisdicción en virtud del artículo 1 lo hace en primer lugar como territorial, debemos entender que la posesión del territorio es una condición natural de la estatalidad y que el territorio es el ámbito espacial en el que se manifiesta la jurisdicción/control del Estado.",* pero, además, *"[l]a jurisdicción del artículo 1 se refiere a establecer si un Estado parte tiene un control de facto sobre el espacio/territorio o las personas, de tal manera que desencadene la aplicación de las obligaciones del Convenio, ya sea en su territorio o en el extranjero. El factor fundamental es el alcance del control de hecho ejercido por el Estado y no la capacidad jurídica del Estado para actuar."* Esa doble vertiente del control efectivo -sobre el territorio o sobre las personas- es también puesta de manifiesto por CARLI[28] que habla de un *""modelo espacial", según el cual la competencia extraterritorial a efectos del artículo 1 del CEDH debe ejercerse en la zona sometida al "control efectivo" de un Estado contratante."* y de un *""modelo personal", conforme al cual la competencia de un Estado parte en virtud del artículo 1 puede extenderse a los actos de sus autoridades que produzcan efectos fuera de su propio territorio".*

Encontramos diversas SSTEDH recientes, relativas al conflicto existente en la región de Nagorno Karabakh, que exponen los criterios para estimar la sujeción de un Estado parte a las obligaciones derivadas del CEDH. Expone la STEDH en el caso Muradyan contra Armenia, de 24 de noviembre de 2016[29] que *"según su jurisprudencia reiterada, el concepto de "jurisdicción" en virtud del artículo 1 del Convenio no se limita al territorio nacional de los Estados contratantes. […] De conformidad con los principios pertinentes del Derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, la responsabilidad de una Parte Contratante también*

[28] CARLI, E. (2021) "International Military Operations, Duty to Conduct Effective Investigations and Extraterritorial Application of the ECHR: Has the Court Gone Too Far in Hanan v. Germany?" *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, Nº. 3, pp. 716-730.

[29] En el mismo sentido: SSTEDH Chiragov y otros (GS), de 16 de junio de 2015; Nana Muradyan, de 5 de abril de 2022; o Hovhannisyan y Karapetyan, de 17 de octubre de 2023, todas ellas contra Armenia. En sentido contrario, refiriéndose al mismo conflicto, las DDTEDH en los casos Aliyev contra Armenia; Allahverdiyev contra Armenia; Ohanyan contra Azerbaiyán, Hakobyan contra Azerbaiyán, todas de 12 de septiembre de 2023, que rechazan la existencia de jurisdicción en el momento concreto analizado.

podría surgir cuando, como consecuencia de una acción militar -lícita o ilícita- ejerce el control efectivo de una zona situada fuera de su territorio nacional. La obligación de garantizar, en dicha zona, los derechos y libertades establecidos en el Convenio, se deriva del hecho de dicho control, ya sea ejercido directamente, a través de sus Fuerzas Armadas, o a través de una administración local subordinada."

Esta interpretación seguida por el TEDH hace especialmente relevante el estudio y conocimiento de los derechos y libertades del CEDH por parte de las Fuerzas Armadas de los Estados parte, pues van a estar llamadas a aplicarlos en el curso de sus actuaciones, tanto dentro como fuera de sus propias fronteras, con especial protagonismo en estos últimos casos, sin perjuicio de su convivencia con el Derecho Internacional Humanitario y de las particularidades que puedan derivarse de las circunstancias en que esas actuaciones militares se llevan a cabo.

2.1. La atribución de "jurisdicción" en operaciones militares conducidas por organizaciones internacionales.

Sin embargo, el TEDH ha rechazado la responsabilidad de los Estados partes cuando estos actúan en contingentes bajo el mando de una organización internacional, tales como OTAN o Naciones Unidas. A este respecto resulta particularmente interesante la DTEDH (GS) en el caso Agim Behrami y Bekir Behrami contra Francia y Ruzhdi Saramati contra Francia, Alemania y Noruega, de 2 de mayo de 2007[30], que argumenta: *"la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dio lugar a la siguiente cadena de mando en estos*

[30] Analiza la admisibilidad de dos casos diferentes, aunque ambos referidos a sucesos acaecidos durante la actuación en Kosovo de la Fuerza para Kosovo (KFOR, por sus siglas en inglés) y la Misión de Administración Interina de Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK, acrónimo en inglés). El primer caso se refiere a la muerte y lesiones graves, respectivamente, de dos de los hijos del demandante debido a la explosión, en marzo de 2000, de una unidad de bombas de racimo lanzadas en 1999 por aviones de la OTAN y que fue hallada por un grupo de niños. El segundo versa sobre la detención, enjuiciamiento y prisión del demandante por fuerzas de UNMIK y KFOR desde abril de 2001 hasta octubre de 2002.

casos. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas conservaba la autoridad y el control últimos sobre la misión de seguridad y delegó en la OTAN (en concertación con los Estados no miembros de la OTAN) el poder de establecer, además del mando operativo, la presencia internacional, KFOR. La OTAN cumplía su misión de mando a través de una cadena de mando (desde el NAC, al SHAPE, al SACEUR, al CIC South) hasta el COMKFOR[31]*, el comandante de la KFOR. Mientras que las MNB,s. estaban comandadas por un oficial de una TCN principal, este último estaba bajo el mando directo del COMKFOR. Las acciones de la MNB debían adoptarse con arreglo a un plan operacional diseñado por la OTAN y operado por COMKFOR en nombre de la KFOR."* Ello demuestra, según el TEDH, que la existencia de un mando operacional directo del Consejo de Naciones Unidas no es requisito de las misiones de seguridad colectiva del capítulo VII de la Carta. Para el TEDH *"[q]ue las TCNs aportaran materialmente sus tropas no tendría efecto relevante sobre el control operativo de la OTAN. […] El mando nacional (sobre las tropas propias o sobre un sector en Kosovo) estaba bajo la autoridad operativa directa de COMKFOR.".* Dicha afirmación no se entiende afectada por el hecho de que las naciones que aportaban tropas conservaran ciertas facultades disciplinarias o penales sobre sus soldados o en relación con las reclamaciones de la población. En definitiva, entiende el TEDH que las actuaciones de KFOR eran atribuibles a Naciones Unidas al ejercer facultades delegadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII. En el caso del señor Saramati, la vinculación de UNMIK con Naciones Unidas resulta aún más evidente para el TEDH, al tiempo que desvincula sus actuaciones con las de cualquier Estado parte.

[31] NAC: *North Atlantic Council* (Consejo del Atlántico Norte); SACEUR: *Supreme Allied Commander Europe* (Mando Supremo Aliado de la OTAN en Europa); SHAPE: *Supreme Headquarters Allied Powers Europe* (Cuartel General Supremo de las Fuerzas Europeas Aliadas, sede en Mons [Bélgica]); CIC South: *Commander in Chief of Allied Forces Southern Europe* (Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas del Sur de Europa); COMKFOR: *KFOR Commander* (Jefe de la KFOR); MNB: *Multinational Division* (División Multinacional); TCN: *Troop Contributing Nation* (Nación que aporta tropas).

En sentido semejante se pronunciaría la DTEDH en el caso Berić y otros contra Bosnia y Herzegovina, de 16 de octubre de 2007[32]. O las DDTEDH en los casos Blagojević y Galić, ambos contra Países Bajos y de fecha 9 de junio de 2009, en los que se inadmiten sendas demandas de condenados por el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, establecido en La Haya (Países Bajos), bajo el argumento de que se trata de un órgano establecido por Naciones Unidas y ajeno a la responsabilidad de los Países Bajos[33]. También ha inadmitido el TEDH la demanda en un caso que afecta a nuestro país. La DTEDH en el caso Toledo Polo contra España, de 22 de marzo de 2022, referida a la muerte del cabo Soria Toledo por el impacto de un proyectil de artillería israelí mientras desempeñaba funciones de vigilancia en la zona fronteriza entre Líbano e Israel, en el marco de la misión UNIFIL *(United Nations Interim Force In Lebanon*, Fuerza Interina de Naciones Unidas en Líbano).

En sentido contrario, sin embargo, se ha pronunciado la STEDH (GS) en el caso Hanan contra Alemania, de 16 de febrero de 2021, relativa a dos muertes producidas por un ataque aéreo en Afganistán por fuerzas de ISAF (*International Security Assistance Force*, Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad)[34],

[32] Rechaza la aplicación del CEDH a una decisión del Alto Representante para Bosnia y Herzegovina (autoridad designada por Naciones Unidas en el proceso de paz posterior a la guerra de Bosnia) de separar a una serie de cargos públicos.

[33] La misma resolución de inadmisión se adoptó en la DTEDH en el caso Fundación madres de Srebrenica contra Países Bajos, de 11 de junio de 2013, de indudable relevancia por el luctuoso hecho al que se refería y que merecerá posterior comentario en este trabajo. Pero aquí el planteamiento de la cuestión y el razonamiento seguidos son marcadamente distintos. La fundación demandante planteaba ante el TEDH la vulneración de su derecho a un proceso justo (artículo 6.1 del CEDH) por el rechazo de sus pretensiones ante la justicia neerlandesa, al considerar esta que se trataba de una actuación de Naciones Unidas sujeta a la inmunidad jurisdiccional reconocida a la Organización. El TEDH inadmite la demanda indicando que no se vulneró el derecho de acceso al proceso de la demandante, quedando fuera de su pronunciamiento la cuestión de la atribución de responsabilidad por la masacre de Srebrenica o sus consecuencias (ver nota 192).

[34] JÜRGENSSEN, T.E. (2022) "Protecting Human Rights While Conducting Military Operations Abroad: a Critical Analysis of The European Court of Human Rights' Recent Judgement in Hanan v. Germany", *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 38, pp. 487-523.

al estimar que existían diversas circunstancias[35] que obligaban a Alemania (país de nacionalidad del coronel que ordenó el ataque) a llevar a cabo una investigación eficaz e independiente de las muertes.

2.2. Extensión de la "jurisdicción" por la actuación de agentes de terceros Estados.

La jurisprudencia del TEDH ha ido incluso un paso más allá, pues ha estimado también la existencia de responsabilidad de los Estados parte por las violaciones de los derechos y libertades del CEDH que se llevan a cabo en su territorio por parte de agentes de terceros Estados bajo ciertas circunstancias[36]. Los criterios acuñados por la jurisprudencia del TEDH para establecer esa responsabilidad del Estado parte son:

1) Si aparece constatado que el Estado parte sabía, o debería haber sabido, que una persona expulsada de su territorio estaba siendo sometida a "un traslado extrajudicial de una jurisdicción o de un Estado a otro, con el fin de detenerlas e interrogarlas fuera del sistema jurídico normal, cuando existía un riesgo real de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes", la posibilidad de una violación del artículo 3 es particularmente fuerte y debe considerarse intrínseca en la transferencia.

[35] Señala, en resumen, que *"el hecho de que Alemania mantuviera la jurisdicción exclusiva sobre sus tropas respecto de delitos graves* (en virtud del Acuerdo para el Estatuto de Fuerzas suscrito con el Gobierno interino de Afganistán por los países intervinientes) *que, además, estaba obligada a investigar en virtud del derecho internacional y del derecho interno, constituyen "características especiales" que, en su conjunto, desencadenan la existencia de un vínculo jurisdiccional a efectos del artículo 1 del Convenio en relación con la obligación procesal de investigar en virtud del artículo 2."*

[36] Esta posición del TEDH ha sido desarrollada, entre otros casos, en relación con la existencia de diversos centros de detención de la Agencia Central de Inteligencia (CIA, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos en territorio de varios países miembros del Consejo de Europa y que fueron utilizados para la conducción e interrogatorio de personas detenidas bajo la aplicación de la política de guerra contra el terrorismo seguida a partir de los atentados del 11-S en Nueva York. Son ejemplo las SSTEDH en los casos Al Nashiri contra Polonia, de 24 de julio de 2014; Al Nashiri contra Rumanía, de 8 de octubre de 2018; Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia, de 24 de julio de 2014; Nasr y Ghali contra Italia, de 23 de febrero de 2016; Abu Zubaydah contra Lituania, de 21 de mayo de 2018; Al-Hawsawi contra Lituania, de 16 de enero de 2024.

2) Un Estado parte incurriría en una violación del CEDH si expulsara o permitiera la expulsión de un recurrente a un Estado en que corría un riesgo real de denegación flagrante de justicia o de los derechos del detenido o de ser condenado a la pena de muerte.

3) La existencia de esos riesgos debe apreciarse en primer lugar con respecto a los hechos conocidos o que deberían haber sido conocidos por el Estado parte en el momento de la expulsión. Sin embargo, cuando la transferencia ya se ha producido en la fecha del examen del TEDH, el mismo no se ve limitado para tener en cuenta la información que es conocida posteriormente.

2.3. Aplicación del CEDH a los militares de un Estado parte fuera de su territorio.

Por último, poniendo en conexión lo expuesto en este apartado con lo analizado en el anterior, se colige que la aplicación extraterritorial del CEDH se va a producir también respecto a los propios militares que, pertenecientes a las Fuerzas Armadas de un Estado miembro, prestan sus servicios en el territorio de un Estado ajeno al Consejo de Europa.

Así lo ha declarado el TEDH en su STEDH en el caso Miller contra Reino Unido, de 2 de julio de 2019, referida a la muerte de un soldado británico en Iraq a manos de una multitud local cuando realizaba sus cometidos en el marco de la misión para restablecer y mantener el orden público en ese país. Tras exponer la doctrina relativa al ejercicio de autoridad y control como vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1 del Convenio, señala que *"no se trata del fallecimiento de personas muertas en el curso de operaciones de seguridad llevadas a cabo por tropas del Reino Unido, […] el Tribunal considera que la cuestión de si existe un vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1 del Convenio en las circunstancias del presente asunto es potencialmente compleja".* Aunque inadmite la demanda por considerarla manifiestamente infundada, su

argumentación sugiere que Reino Unido se encontraba igualmente obligado a la aplicación del CEDH respecto a sus soldados en Iraq, sin perjuicio, como indica la resolución, de considerar *"el difícil contexto de seguridad en el que tuvieron lugar las diversas investigaciones del Ejército británico".*

Ese sometimiento a la jurisdicción propia queda fuera de toda duda cuando se trata de Estados miembros de la OTAN pues, como señala *obiter dicta* la DTEDH en el caso Galić contra Países Bajos, de 9 de junio de 2009 -y ya había quedado implícitamente establecido en la STEDH en el caso Martin contra Reino Unido, de 24 de octubre de 2006-, el Acuerdo sobre el Estatuto de Fuerzas de la OTAN establece el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado de origen sobre sus fuerzas situadas en el territorio de un Estado receptor, siendo además responsable en el ejercicio de esa jurisdicción. Eso mismo sucederá cuando exista un Acuerdo de Estatuto de Fuerzas con el país receptor, pues es habitual que en ese tipo de acuerdos se establezca una reserva de jurisdicción penal sobre sus militares por parte del país que envía las tropas.

Es decir, a la vista de la jurisprudencia citada, considero que los Estados miembros estarán obligados a observar las disposiciones del CEDH respecto a los miembros de sus propias Fuerzas Armadas que se encuentren desempeñando misiones en otros países, sin perjuicio de la toma en consideración de las particulares circunstancias de la vida militar a la que hace mención recurrentemente el propio TEDH y que resultarán especialmente significativas en un contexto de conflicto bélico.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA LIBERTAD DEL ARTÍCULO 5 DEL CEDH Y SU REFLEJO EN EL ÁMBITO CASTRENSE

SUMARIO: 1. El contenido del derecho y su particular reflejo en el ámbito militar. 2. Los supuestos de privación legítima de la libertad y su aplicación a los militares. 3. El derecho a ser informado de los motivos de la detención. 4. Conducción ante un juez o autoridad habilitada para ejercer poderes judiciales sin dilación y ser juzgado en un plazo razonable. 5. Existencia de un recurso sobre la detención. 6. El derecho a la reparación de las detenciones ilegales y su aplicación en el ámbito castrense.

1. EL CONTENIDO DEL DERECHO Y SU PARTICULAR REFLEJO EN EL ÁMBITO MILITAR

El artículo 5 del CEDH presenta un contenido marcadamente negativo, como ha puesto de manifiesto el propio TEDH al indicar que *"exige que la privación de libertad acordada no sea contraria a los fines de ese artículo que no es otro que el de proteger al individuo contra la arbitrariedad"* (STEDH en el caso Winterwerp contra Países Bajos, de 24 de octubre de 1979). Aun cuando el precepto se refiere a la protección de la libertad y la seguridad, como señala GRABENWARTER[37], *"la expresión «libertad y seguridad de la persona» debe ser entendida como un único derecho y, en consecuencia, «seguridad» debe entenderse en el contexto de*

[37] GRABENWARTER, C. (2014) *European Convention on Human Rights: commentary*. München, Oxford, Baden-Baden. Beck, Hart, Nomos. p. 64.

libertad. […] constituye el fundamento para requerir que cualquier privación de libertad debe cumplir con el Estado de derecho y, en particular, con el principio general de seguridad jurídica."

Resulta particularmente relevante a los efectos de nuestro estudio la distinción establecida por el TEDH entre las privaciones de libertad, contrarias al artículo 5.1 del CEDH, y las restricciones de tal libertad, que no vulnerarían el derecho reconocido por el precepto -sin perjuicio de su protección en aras de la libertad de circulación reconocida por el artículo 2 del Protocolo nº 4-. Para CASADEVALL[38] *"[l]a diferencia entre restricción y privación de libertad no es de naturaleza ni de esencia, sino de grado o intensidad",* pero añade: "*Una restricción de libertad (sin que sea constitutiva de una privación en sentido estricto) también puede quedar cubierta por las garantías del artículo 5 en función de la situación concreta en que se encuentre el interesado teniendo en cuenta la duración, el lugar, los efectos y las modalidades de ejecución de la medida restrictiva."* Para GRABENWARTER[39], el modo de distinguir entre privaciones de libertad insertas en el ámbito del artículo 5 y aquellas que quedan fuera del mismo sería determinar *"[s]i la privación de libertad no es el propósito de la medida sino por el contrario un inevitable efecto, la misma no interfiere con el artículo 5. […] En general, un importante factor a tener en cuenta es el contexto en el cual se impone."* En cualquier caso, como señalan HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[40], *"la distinción entre restricciones a la libertad de libertad de circulación lo suficientemente graves como para estar comprendidas en él y otras cuestiones que sólo se aplican al Cuarto Protocolo «es meramente de grado o*

[38] CASADEVALL, J. (2012) *El convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia.* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 240.

El autor, JOSEP CASADEVALL, fue magistrado del TEDH, designado por Andorra, desde 1996 hasta 2015, siendo vicepresidente del mismo desde 2012 hasta su cese.

[39] GRABENWARTER, C. (2014: 66).

[40] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018), *Law of the European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Oxford, Oxford University Press, p. 293.

intensidad, y no de naturaleza o sustancia».” Según LÓPEZ GUERRA[41], la distinción de ambos supuestos por parte del TEDH se lleva a cabo a través del análisis de elementos tales como *“el lugar de los hechos, el espacio de que dispone la persona, la duración de la intervención de las autoridades, o la posibilidad de desplazamiento, entre otros factores tomados en cuenta aislada o conjuntamente, partiendo siempre de la presencia de dos elementos, el objetivo (restricción de la autodisposición personal) y el subjetivo (falta de voluntariedad).”* Si bien, concluye *“[l]a jurisprudencia en estos supuestos límites es más bien casuística”.*

Estrechamente conectada con el concepto mismo de privación de libertad se encuentra la cuestión de las condiciones en que se desenvuelve tal privación. Como señala CASADEVALL[42], con cita de la STEDH en el caso Ciszewski contra Polonia, de 13 de julio de 2004, *“es esencial que las condiciones de la privación de libertad previstas en el derecho interno sean definidas claramente y que la propia ley sea previsible en su aplicación”.* Al respecto GRABENWARTER[43] efectúa una observación, con referencia a la STEDH en el caso Hilda Hafsteindóttir contra Islandia de 8 de junio de 2004, que resulta de especial significación en el contexto de este estudio: *“La discrecionalidad de la policía en la privación de libertad de las personas, si se rige únicamente por la práctica administrativa y, a falta de disposiciones legales o jurisprudencia precisas, carece del marco normativo necesario. Esto es particularmente cierto si la práctica administrativa se ajusta a las normas e instrucciones profesionales para el personal policial, especialmente si no se han puesto a disposición del público.”*

[41] LÓPEZ GUERRA, L. (2021: 116).

[42] CASADEVALL, J. (2012: 241).

[43] GRABENWARTER, C. (2014: 68).

Conforme señala CASADEVALL[44], otra de las notas que ha de caracterizar la privación de libertad es la proporcionalidad, de modo que *"[s]ólo se ha de aplicar la medida privativa de libertad si es la única que permite alcanzar el objetivo legítimo perseguido por la autoridad en consideración al orden y a la seguridad pública, y por lo tanto debe ser preferida cualquier otra medida menos radical"*[45]*.*

Pese al carácter autónomo del concepto de libertad empleado por el TEDH, señala en su STEDH [GS] en el caso Creangă contra Rumanía, de 23 de febrero de 2012, que *"[l]as palabras «de conformidad con un procedimiento prescrito por la ley» en el artículo 5.1 se refieren esencialmente a la legislación nacional y establecen la obligación de ajustarse a las normas sustantivas y procesales de la misma."* Como destaca BARJA DE QUIROGA[46], la legislación relativa a las privaciones de libertad ha de regirse por el principio de seguridad jurídica. Y cita la STEDH en el caso Grabowski contra Polonia, de 30 de junio de 2015: *"El estándar de «legalidad» del artículo 5.1 se refiere también a la «calidad de la ley» (...). «La calidad de la ley» en este sentido implica que cuando una ley nacional autoriza una privación de libertad debe ser suficientemente accesible, precisa y predecible en cuanto a su aplicación, con el fin de evitar cualquier riesgo de arbitrariedad (véase Amuuer, citada § 50). (...) es esencial que la legislación nacional defina claramente las condiciones de la detención (véase Creangă, citada, § 120; y Del Río Prada contra España [GS], nº 42750/09, § 125, TEDH 2013)."*

No obstante lo anterior, como señala ARRESE IRIONDO[47] -con cita de las SSTEDH en los casos Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976 y A.D. contra Turquía, de 22 de marzo de 2006-, *"en atención a la disciplina militar,*

[44] CASADEVALL, J. (2012: 241).

[45] CASADEVALL, J. (2012: 241).

[46] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (director) (2018) *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Valencia, Tirant lo Blanch. p. 60.

[47]ARRESE IRIONDO, M.N. (2015) "Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad" en LASAGABASTER HERRARTE, I. (director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 133-134.

cabe la imposición de ciertas limitaciones que no serían admisibles respecto de los civiles". Es decir, se trata de uno de esos derechos que conforme a la propia jurisprudencia del TEDH pueden ser restringidos a los militares en virtud de las condiciones de la vida militar, a pesar de la indefinición de los términos y de su falta de previsión en el texto del CEDH.

1.1. Conceptuación de los arrestos disciplinarios militares como privaciones de libertad a los efectos del artículo 5 del CEDH.

Cabe plantear la discusión de si los arrestos disciplinarios merecen la calificación de privaciones de libertad y, por ende, han de quedar sometidos a las previsiones del artículo 5 del CEDH -obviando, en lo que a nuestro país se refiere, la reserva formulada a dicho precepto.

El punto de partida en la materia viene constituido, indudablemente, por la STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976[48], que estableció significativos criterios al respecto. En primer lugar, señala que *"las limitaciones bastante amplias de la libertad de circulación de los miembros de las Fuerzas Armadas derivan de las exigencias específicas del servicio militar, de modo que las restricciones normales que lo acompañan tampoco entran en el ámbito del artículo 5."* De este modo, excluye del concepto de privación de libertad, a los efectos del artículo 5 del CEDH, las restricciones que pueden imponerse a los militares por razón de su estatuto jurídico, como pudieran ser la obligación de permanecer en una determinada localidad o el establecimiento de unos tiempos máximos para su incorporación al destino. Siguiendo con esa diferenciación entre el concepto de privación de libertad aplicable a los militares y el que corresponde a los ciudadanos en general, afirma la sentencia que *"[l]os límites que el artículo 5 exige que el Estado no exceda no son idénticos para los militares y los civiles. Una sanción o medida disciplinaria que, según el análisis, se*

[48] Los hechos sobre los que versa se contraen, en síntesis y en lo que aquí interesa, a la imposición de diversas sanciones disciplinarias a los recurrentes, todos ellos ciudadanos neerlandeses que se encontraban realizando el servicio militar obligatorio.

consideraría indudablemente una privación de libertad si se aplicara a un civil puede no poseer esta característica cuando se impone a un militar. Sin embargo, tal pena o medida no escapa a los términos del artículo 5 cuando adopta la forma de restricciones que se apartan claramente de las condiciones normales de vida dentro de las Fuerzas Armadas de los Estados contratantes. Para determinar si esto es así, deben tenerse en cuenta toda una serie de factores, como la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de ejecución de la pena o medida de que se trate."

Esas argumentaciones son recordadas, más recientemente, en la STEDH en el caso Erkus contra Turquía, de 29 de septiembre de 2009, si bien es esta el TEDH considera vulnerado el derecho a la libertad del militar demandante porque el Estado turco *"ninguna prueba ha aportado que demuestre que permaneció, más o menos, en el marco ordinario de su vida militar durante ese tiempo."*

En mi opinión ese planteamiento del TEDH resulta completamente erróneo y parte de la ambigüedad observada respecto a los límites de los derechos fundamentales de los militares en general. Una privación de libertad no puede dejar de serlo por el hecho de que quien la sufre ostente la condición de militar o cualquier otra. Cuestión distinta es que puedan establecerse supuestos válidos de privación de libertad relacionados con los principios que rigen la institución militar y que resulten necesarios para garantizar las funciones que están encomendadas a las Fuerzas Armadas de cualquier Estado. La cuestión no es baladí, pues la negación de existencia de una privación de libertad implica la falta de aplicación de las garantías que para las mismas se establecen en los apartados 2 a 5 del propio artículo 5 del CEDH. Lo que se ve alterado por el estatuto jurídico del militar no es el derecho fundamental en sí, si no las condiciones de su ejercicio, por lo que entendería admisible que el CEDH contemplara expresos supuestos legítimos de privación de la libertad referidos exclusivamente a militares, pero no que se afirme que la privación de libertad de los militares es menos privación. El TEDH no puede, para establecer la existencia de una vulneración respecto de las

condiciones de vida de los militares, apelar de forma exclusiva a la calificación otorgada por la legislación del Estado parte, pues considero que es tanto como vaciar de contenido el derecho a la libertad de los mismos y prescindir, respecto a estos, del concepto autónomo de libertad que el propio TEDH propugna. Como se expuso en el capítulo I al hablar de la condición de militar como límite a la aplicación de los derechos del CEDH, los Estados gozan de un margen de apreciación para establecer restricciones a esos derechos en aras de garantizar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, pero no pueden frustrar el derecho y, además, deben justificarse con ejemplos concretos los riesgos que tratan de evitarse con la restricción. Como señalan HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[49], con cita de la STEDH (GS) en el caso Austin y otros contra Reino Unido de 15 de marzo de 2012[50], *"la cuestión de si hay una privación de libertad en concreto es una cuestión separada y distinta de si existe un motivo de interés público subyacente para la medida en cuestión."* Sin embargo, añaden que puede debatirse si el Tribunal se ha adherido siempre a ese principio.

Respecto al concreto caso sometido al TEDH en el caso Engel y otros, la sentencia va a evaluar si existe privación de libertad en cada una de las sanciones impuestas a los recurrentes. Así, concluye que no tienen la consideración de privaciones de libertad los denominados arrestos leves, puesto que los sometidos a ellos *"[a]unque estén confinados fuera de las horas de servicio en sus viviendas o en edificios o locales militares, según el caso, […] no son encerrados y continúan desempeñando sus funciones […]. Permanecen, más o menos, dentro del marco ordinario de su vida militar".* La expresión "más o menos", a mi juicio, no puede ser más desafortunada cuando se trata de valorar el respeto a un

[49] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018:292).

[50] Señala dicha sentencia en su párrafo 58: *"de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que un motivo subyacente de interés público, por ejemplo, proteger a la comunidad contra una amenaza percibida que emana de una persona, no tiene ninguna relación con la cuestión de si esa persona ha sido privada de libertad, aunque podría ser pertinente para la investigación posterior de si la privación de libertad estaba justificada en virtud de uno de los apartados del artículo 5, apartado 1 (ver, entre otros ejemplos, A. y otros contra Reino Unido [GS], nº. 3455/05, § 166, ECHR 2009; Enhorn contra Suecia, nº. 56529/00, § 33, ECHR 2005-I; y M. contra Alemania, nº. 19359/04, ECHR 2009)."*

derecho fundamental. Tampoco califica de privación de libertad los denominados arrestos agravados ya que estos "sólo" diferían de los arrestos leves en que, fuera de las horas de servicio, los soldados cumplían la detención en un lugar especialmente designado, del que no podían salir para visitar la cantina, el cine o las salas de recreo, pero no se les mantenía encerrados bajo llave. Sí otorga el carácter de privación de libertad a los llamados arrestos estrictos, los cuales suponían, para los suboficiales y los militares de tropa, permanecer encerrados de día y de noche en una celda y, en consecuencia, ser excluidos del desempeño de sus funciones normales.

Como se verá al analizar el alcance del artículo 6 del CEDH, otras resoluciones del TEDH han negado el carácter de "materia penal" a los procesos disciplinarios castrenses sancionados con arresto, aludiendo a la "liviandad" de esas sanciones según las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Así, por ejemplo, las DDTEDH de inadmisión en los casos Brandão Ferreiro contra Portugal, de 28 de septiembre de 2000 y Camacho López-Escobar contra España, de 20 de mayo de 2003. Sin embargo, resoluciones posteriores, como por ejemplo la STEDH de 2 de noviembre de 2006 en el caso Dacosta Silva contra España[51], afirma que *"el demandante* -que era guardia civil y, por tanto, sometido

[51] Este caso merece una explicación en cuanto a su admisibilidad.

La reserva que el Estado español había formulado -y mantiene- en relación con la aplicabilidad de los artículos 5 y 6 del CEDH al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se efectuó bajo la vigencia del Código de Justicia Militar de 1945, al que se encontraban sometidos tanto los militares como los miembros de la Guardia Civil, en su condición de Instituto Armado sometido a disciplina militar.

Existe la obligación de comunicar al Consejo de Europa las reformas operadas por los Estados en la legislación relativa a una reserva, pero tal reserva se mantiene válidamente en tanto el ámbito de dicha legislación siga siendo el mismo que en el momento de formularse aquélla; en ese caso, los defectos en la comunicación de un cambio legislativo no son relevantes para el mantenimiento de su validez. España comunicó al Consejo de Europa la aprobación de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que derogó el régimen disciplinario castrense establecido en el Código de Justicia Militar y que seguía siendo aplicable tanto a militares como guardias civiles.

Sin embargo, la aprobación de la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que, cumplimentando lo establecido en la STC 194/1989, estableció un régimen disciplinario específico para la Benemérita, no fue comunicada al Consejo de Europa. El TEDH consideró, ante la demanda del Sr. Dacosta Silva, que la reserva formulada por España no cubría cambios legislativos que afecten a un ámbito

a un estatuto jurídico militar- *cumplió un arresto de seis días en su domicilio y, en consecuencia, estuvo privado de libertad en el sentido que da el artículo 5 del Convenio."* Esa línea jurisprudencial pudiera estimarse confirmada por otras resoluciones posteriores, como la STEDH en el caso Galambos contra Hungría, de 21 de julio de 2015, cuando indica que *"[e]l Tribunal ya ha declarado que el arresto domiciliario constituye privación de libertad con el significado establecido en el artículo 5."* Debe reseñarse que, si bien dicho arresto domiciliario fue impuesto a un militar, lo fue por un órgano judicial, pero -como he expuesto- considero que ello no debe incidir en la calificación del mismo como privación de libertad; distinta será la justificación o no de la misma.

Respecto al análisis de la proporcionalidad en las sanciones disciplinarias militares, cabría cuestionar la misma en dos momentos diferentes. En primer lugar, en su propia previsión legal respecto de toda clase de infracciones, cuestión que fue objeto de debate en la propia tramitación de la vigente LORDFAS[52] y que mereció una expresa mención en el apartado IV de su Preámbulo. Sin embargo, sí

---

no comprendido inicialmente en ella y que en este caso la reserva, establecida en relación con la legislación disciplinaria militar, no cubría el régimen disciplinario específico de la Guardia Civil.

Por el contrario, en el año 2017, en el caso Benavent Díaz contra España, en el que el demandante -militar- invocaba que le había sido impuesta una sanción por la autoridad militar en virtud de la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que no había sido comunicada previamente al Consejo de Europa, el TEDH acordó la inadmisibilidad de la demanda al entender que no se alteraba el ámbito de aplicación de la reserva.

El análisis doctrinal de esta cuestión se ha abordado, entre otros, por: DE ARANDA Y ANTÓN, G. (1992) "Consideraciones en torno a la posible inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias limitativas de libertad previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil", *Revista General de Derecho*, Nº 89, p. 379; GARCÍA LABAJO, J. M. (2000) "El arresto por falta grave", en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *et. alt*., *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)*, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, p. 593; PIGNATELLI Y MECA, F. (2009) "Acerca de la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950", *Revista española de Derecho militar*, Nº 93, pp. 223-285.

[52] Pueden verse al respecto los Boletines de las Cortes Generales y los Diarios de Sesiones relativos a la tramitación parlamentaria de la Ley, donde queda patente el debate relativo al mantenimiento de las sanciones privativas de libertad y, en particular, respecto a las faltas disciplinarias de carácter leve.

https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=X&_iniciativas_id=121%2F000047 (consultado 10/01/2023)

puede significarse una franca mejora en lo que se refiere al segundo de los momentos de apreciación de esa proporcionalidad: el de determinación de la concreta sanción a imponer ante un caso concreto. Así, el artículo 22 de la referida Ley Orgánica[53], con notable superación de su predecesor -el artículo 6 de la derogada Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre[54]-, incorpora una serie de criterios para la graduación de la concreta sanción a imponer en cada caso, restringiendo la posibilidad de imposición de arrestos en los casos de falta leve a aquellos supuestos en que *"se haya visto afectada la disciplina o las reglas esenciales que definen el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas".* Pese a la vaguedad de la disposición, lo cierto es que aporta la necesidad de una motivación específica, que habrá de incorporarse en la

[53] Artículo 22:

"1. La imposición de las sanciones disciplinarias se individualizará conforme al principio de proporcionalidad, guardando la debida adecuación con la entidad y circunstancias de la infracción, las que correspondan a los responsables, la forma y grado de culpabilidad del infractor y los factores que afecten o puedan afectar a la disciplina y al interés del servicio, así como la reiteración de la conducta sancionable, siempre que no se hayan tenido en cuenta por la ley al describir la infracción disciplinaria, ni sean de tal manera inherentes a la falta que sin la concurrencia de ellos no podría cometerse.

2. La condición de alumno y el desarrollo de sus actividades en centros docentes militares de formación y en otras unidades, centros u organismos donde se encuentren completando su formación, serán tenidos especialmente en consideración en la aplicación de los preceptos de esta ley, teniendo en cuenta el valor formativo de las advertencias o amonestaciones verbales.

3. La sanción de arresto prevista en la presente ley para las faltas leves sólo podrá imponerse cuando se haya visto afectada la disciplina o las reglas esenciales que definen el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas. La resolución sancionadora deberá ser motivada."

[54] Artículo 6:

"Las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con los hechos que las motiven y se individualizarán atendiendo a las circunstancias que concurran en los autores y a las que afecten o puedan afectar al interés del servicio. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de militar de reemplazo para graduar las sanciones con menor rigor.

La condición de alumno y el desarrollo de sus actividades en centros docentes militares de formación y en otras Unidades, centros u organismos donde se encuentren completando la misma, serán tenidos especialmente en consideración en la aplicación a los mismos de los preceptos de esta Ley."

resolución sancionadora y que podrá ser objeto de control judicial en la vía contencioso-disciplinaria[55].

1.2. La aplicación del artículo 5 del CEDH en los conflictos armados.

Otra cuestión que suscita interés en el ámbito del Derecho castrense es la referida a la aplicabilidad del artículo 5 del CEDH en caso de existencia de un conflicto armado. El derecho a la libertad reconocido en dicho precepto pertenece al grupo de aquellos que pueden ser suspendidos por los Estados miembros *"[e]n caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación"*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 del propio Convenio.

Al respecto resulta particularmente significativa la STEDH caso Hassan contra Reino Unido, de 16 de septiembre de 2014[56]. Tras invocar la ya analizada (capítulo I) doctrina del TEDH acerca de la aplicabilidad del Convenio más allá de las fronteras de un Estado parte, en interpretación del artículo 1 del mismo (extracta los apartados 130 a 142 de la STEDH [GS] en el caso Al-Skeini y otros contra Reino Unido, de 7 de julio de 2011), el propio Gobierno británico admite que el Sr. Hassan se encontraba bajo poder y control físico de agentes del Estado británico (sus militares), pero considera que ello no motivaría una competencia de dicho Estado sobre el detenido cuando la situación se produce en la fase de las hostilidades activas de un conflicto armado internacional y los agentes del Estado parte están operando en un territorio del que no son la potencia ocupante, de manera que la conducta de ese Estado se somete únicamente a los requisitos del

[55] Como señala la STS (Sala V) 6/2022, de 20 de enero: *"Es doctrina de la sala, tal como significa la sentencia de 2 de noviembre de 2011 que: "Con reiterada virtualidad venimos diciendo que es a la autoridad sancionadora en el ejercicio de la potestad que le es propia, a quien incumbe decidir sobre la proporcionalidad y eventual individualización de la sanción elegida en términos de razonable motivación, de manera que la que se imponga represente adecuada respuesta a la antijuridicidad del hecho y a la culpabilidad del autor, correspondiendo verificar la legalidad de lo actuado al órgano jurisdiccional (sentencias 22.6.2009; 29.6.2009; 4.2.2010 y 6.7.2010, entre otras)"."*

[56] Se trata del caso de un ciudadano sirio que es detenido por el Ejército británico durante la intervención militar en Irak de fuerzas británicas y estadounidenses. Tras ser puesto en libertad, varios meses después apareció muerto, con signos de tortura.

Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, el TEDH rechaza ese argumento indicando que *"sería contradictorio con la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, que declaró que la legislación internacional sobre derechos humanos y el derecho internacional humanitario pueden aplicarse conjuntamente"*[57].

La sentencia contiene una interesante descripción de la línea argumentativa seguida por el Gobierno británico en relación con las privaciones de libertad acaecidas en conflictos armados. En el caso Al-Jedda contra Reino Unido, resuelto en la STEDH (GS) de 7 de julio de 2011, el Gobierno británico había argumentado que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en virtud de la Resolución 1546, de las cartas adjuntas a éste y de la obligación de mantener el Derecho Internacional Humanitario, había obligado directamente al Reino Unido a encarcelar al demandante y que, en virtud del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas[58], esta obligación primaba sobre las que el CEDH imponía al Reino Unido. Dicha argumentación fue rechazada por el TEDH al considerar que, incluso bajo la aplicación del artículo 43 del Reglamento de La Haya[59], las

[57] La interrelación entre el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ha sido objeto de análisis desde hace tiempo. Así pueden verse: ALCAIDE-FERNÁNDEZ, J. (1989), "La interacción entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos", en CARRILLO SALCEDO, J.A. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.) *Curso de derecho internacional humanitario*, Sevilla, Editorial de la Universidad de Sevilla, pp. 1-46; CÁCERES BRUN, J. (2017) "El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos" en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coord.) *Derecho internacional humanitario*, pp. 155-174; MARTÍNEZ GUILLEM, R. (2012) *La detención operativa en la frontera entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tesis doctoral, Universitat de València, pp. 76-91.

[58] Artículo 103:

"En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta."

[59] Artículo 43 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, hecho en La Haya el 18 de octubre de 1907.

"Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país."

detenciones por la fuerza ocupante no constituyen una obligación, sino una medida de último recurso. Sin embargo, en el caso Hassan, lo que el Gobierno de Reino Unido invoca es el desplazamiento de las obligaciones impuestas en el artículo 5 del CEDH por las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario o, al menos, su interpretación acorde con la facultad de privar de libertad en virtud de ese Derecho.

Bajo esas premisas, el TEDH interpreta que, tal y como reclamaba el Gobierno británico, la ausencia de una derogación formal en virtud del artículo 15 del CEDH no excluye una consideración del contexto y de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario a la hora de interpretar y aplicar el artículo 5 del CEDH. Partiendo de que incluso en situaciones de conflicto armado internacional las garantías del CEDH continúan siendo de aplicación, deben ser interpretadas con el trasfondo de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario. Establece de forma expresa que *"la privación de libertad en virtud de poderes bajo el Derecho Internacional Humanitario debe ser "legal" para impedir una violación del artículo 5.1. Esto significa que la detención debe cumplir con las normas del Derecho Internacional Humanitario y, lo más importante, que debería estar en consonancia con el propósito fundamental del artículo 5.1, que es proteger al individuo frente a la arbitrariedad."* Además, continúa, *"[e]n cuanto a las garantías procesales, el Tribunal considera que, en relación con la detención durante un conflicto armado internacional, los artículos 5.2 y 5.4 también deben ser interpretados de manera que tenga en cuenta el contexto y las normas aplicables del derecho internacional humanitario. Los artículos 43 y 78 del Cuarto Convenio de Ginebra disponen que el internamiento "estará sujeto a revisiones periódicas, si es posible cada seis meses, por un órgano competente". Dado que no sería factible, en el curso de un conflicto armado internacional, determinar la legalidad de la detención por un "tribunal" independiente en el sentido generalmente requerido por el artículo 5.4 […], no obstante, si el Estado contratante debe cumplir con sus obligaciones en virtud del artículo 5.4 en este contexto, el "órgano competente" debe ofrecer suficientes garantías de*

imparcialidad y procedimiento justo para proteger contra la arbitrariedad." Como señala LÓPEZ GUERRA[60], *"esta doctrina supone sin duda una interpretación restrictiva de las garantías del artículo 5 en esas circunstancias, al subordinar la aplicación estricta del Convenio a las disposiciones más permisivas del Derecho internacional humanitario."*

Para HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[61] la referida STEDH en el caso Hassan contra Reino Unido supone la aceptación de que *"el artículo debe ser interpretado a la luz de las facultades de detención admisibles en el Derecho Internacional Humanitario, a pesar de la falta de una derogación formal bajo el artículo 15".* Y aunque, como señalan los autores, dicha STEDH resuelve un caso específico, *"puede tener un valor precedente más amplio, aunque las cuestiones que siguen se plantean necesariamente de forma provisional, ya que Estrasburgo aún no se ha pronunciado sobre ellas."*

1.3. Privaciones de libertad en alta mar y CEDH.

Otro supuesto particularmente relevante en el ámbito militar es el de las privaciones de libertad que pueden producirse en la mar. A raíz del resurgimiento de la piratería y de la atribución a fuerzas militares de misiones para su control y persecución, surge la posibilidad de que dichas unidades militares, en el curso de tales operaciones, deban llevar a cabo privaciones de libertad de los presuntos responsables de tales actos.

Así sucedió en el caso Medvedyev y otros contra Francia, abordado en la STEDH (GS) de 29 de marzo de 2010[62]. Pese a las alegaciones del Gobierno

[60] LOPEZ GUERRA, L. (2021) p. 128.

[61] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 310).

[62] Se trata del recurso de ciudadanos de diversas nacionalidades que formaban la tripulación del *Winner,* un buque de bandera camboyana que es abordado por fuerzas especiales de la Armada francesa en aguas internacionales frente a las Islas de Cabo Verde, ante la sospecha de transportar una importante cantidad de droga. Tras su abordaje es conducido, bajo las indicaciones de la fiscalía francesa, al puerto francés de Brest.

francés, el TEDH califica de privación de libertad el confinamiento de la tripulación de un buque camboyano en sus camarotes durante los 13 días que duró la navegación desde el abordaje del buque por fuerzas especiales francesas hasta su arribo al puerto francés de Brest. Considera, además, que tal privación de libertad fue contraria al artículo 5.1 del CEDH puesto que *"carecía de una base legal suficiente para satisfacer las exigencias del principio de seguridad jurídica."* (apartado 102 de la sentencia), dado que ni el derecho francés preveía ese supuesto de privación de libertad, ni el mismo podía entenderse amparado en el Derecho Internacional del Mar contenido fundamentalmente -en lo relevante ahora- en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecho en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982, y el Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena (Austria) el 20 de diciembre de 1988. Tales tratados carecen de consenso y tampoco contienen normas y prácticas pactadas y claras en la materia a nivel internacional.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tal punto de la sentencia fue adoptado por el voto favorable de diez magistrados frente al voto discrepante de siete, quienes expresan: *"Creemos que, en las circunstancias del caso, la exigencia de seguridad jurídica, que fue decisiva para llegar a la sentencia [...], se interpretó de manera demasiado restrictiva."* Y continúan: *"Cuando existen suficientes pruebas concurrentes para sospechar que un buque que se encuentra en alta mar, a miles de millas del Estado que ha autorizado a abordarlo, se dedica a un tráfico internacional al que todos los países quieren poner fin, es sin duda legítimo no dar una interpretación tan restrictiva a los fundamentos jurídicos, como si se tratara del interior del territorio del Estado en cuestión."* Convengo con esta opinión discrepante, pues es evidente que las condiciones de legalidad del motivo de la privación (certeza, publicidad, etc.) no pueden ser las mismas en una privación en alta mar que en el interior de un Estado miembro, pero, además, en ese caso concreto, es evidente -como señala el voto discrepante- que la tripulación del buque apresado conocía, con un grado de certeza suficiente, las

consecuencias de ser abordados por un buque de las Fuerzas Armadas francesas, hasta el punto que no arbolaban la bandera de su pabellón, no respondieron a las comunicaciones radiofónicas cuando fueron requeridos y, ante la inminencia de la visita de inspección, cambiaron rumbo, realizaron maniobras para impedir tal inspección, lanzaron al mar parte de la carga y opusieron fuerza al abordaje.

Un supuesto muy similar es el analizado en la STEDH en el caso Hassan y otros contra Francia, de 4 de diciembre de 2014. Se trata nuevamente de la detención en alta mar, por parte de las Fuerzas Armadas francesas, de seis ciudadanos somalíes cuando habían secuestrado un buque de bandera francesa, exigiendo un rescate por la liberación de sus dos tripulantes. El TEDH considera nuevamente vulnerado el artículo 5.1 del CEDH debido a que *"la legislación aplicable en el momento de los hechos a la situación de las personas detenidas por las fuerzas francesas en relación con actos de piratería cometidos en alta mar no contenía ninguna norma que definiera las condiciones de privación de libertad que posteriormente se les podía imponer para llevarlas ante la autoridad judicial competente."* Francia modificó posteriormente, en 2011, su legislación para adaptar el marco jurídico para la detención de personas en alta mar a la evolución de la jurisprudencia del TEDH, previendo expresamente la posibilidad de una privación de libertad definida con precisión y supervisada por un órgano judicial. Nuestro país también introdujo un precepto relativo a estas detenciones, el artículo 520 ter de la LECr. fruto de la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre[63].

[63] Una lectura obligada acerca de la práctica de estas detenciones en alta mar por miembros de la Armada y sus implicaciones jurídicas son las páginas 288 y ss. de la tesis doctoral de JÁUDENES PIFERRER [JÁUDENES PIFERRER, J. (2023) *El estatuto jurídico internacional del buque de guerra. Análisis de su doble condición, como objeto de regulación e instrumento del Estado.* Tesis doctoral. Universidad de Zaragoza.]

2. LOS SUPUESTOS DE PRIVACIÓN LEGÍTIMA DE LA LIBERTAD Y SU APLICACIÓN A LOS MILITARES

El artículo 5 del CEDH establece, en su primer apartado, seis supuestos en los que las autoridades pueden llevar a cabo la privación de libertad de los ciudadanos de forma legítima. Como señala LÓPEZ GUERRA[64], *"se trata de una lista taxativa y que por tanto no cabe un margen de apreciación del Estado, o una ponderación entre por una parte el derecho a la libertad y seguridad, y por otra, otros intereses que no estén expresamente enumerados en el artículo en cuestión".* Estamos ante una lista exhaustiva y de interpretación estricta como reiteradamente ha manifestado el propio TEDH (entre otras, SSTEDH de 25 de junio de 1996, en el caso Amuur contra Francia; de 6 de abril de 2000 [GS] en el caso Labita contra Italia; y 8 de abril de 2004 [GS] en el caso Assanidze contra Georgia).

A los efectos de este trabajo únicamente se estiman relevantes los tres primeros supuestos contemplados en ese precepto, a saber: *"a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;* y *c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido".*

Debe significarse que el TEDH ha desarrollado progresivamente ciertos criterios de ponderación del caso concreto respecto de la justificación de la privación de libertad. Así la STEDH en el caso Galambos contra Hungría, de 21 de julio de 2015 señala que *"[l]a persistencia de sospechas razonables de que la*

[64] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:117).

persona privada de libertad ha cometido un delito es una condición sine qua non para la legalidad de la detención continuada, pero después de un cierto lapso de tiempo ya no es suficiente. En tales casos, el Tribunal debe determinar si los demás motivos aducidos por las autoridades judiciales siguen justificando la privación de libertad. Cuando tales motivos son "pertinentes" y "suficientes", el Tribunal también debe comprobar si las autoridades nacionales competentes actuaron con "diligencia especial" en el desarrollo del procedimiento." En el caso concreto se trataba de un procesado por espionaje acusado de revelar secretos oficiales a naciones extrajeras. El TEDH, entrando a valorar la pertinencia de la detención previa al juicio -que se extendió durante un año y casi nueve meses, bien como prisión, bien como arresto domiciliario- expresa que *"[s]in embargo, aparte de sus conexiones en el extranjero, tampoco se sostuvieron elementos concretos contra el solicitante durante este período, y esto pese a su edad y circunstancias personales establecidas y la ausencia de antecedentes penales. De hecho, el razonamiento de los tribunales para prolongar la detención del solicitante era bastante estereotipado en la mayoría de las ocasiones y carecía de los elementos necesarios que justificaran cualquier riesgo específico."*

A mi juicio el TEDH se excede aquí de las que deben ser sus competencias, pues no puede convertirse en una instancia más en la fiscalización de los hechos y circunstancias de la privación de libertad. Obviamente no puede admitir situaciones que supongan un vaciamiento de los concretos supuestos proclamados en el CEDH como justificativos de esas privaciones, pero, verificado que existió una razonable ponderación de intereses dentro de uno de los supuestos previstos en el artículo 5.1 del CEDH, tampoco puede adentrarse de forma tan exhaustiva en las concretas circunstancias fácticas que determinaron la adopción de la privación.

Veamos cada uno de los supuestos con trascendencia en el ámbito militar.

2.1. Penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un tribunal competente

Respecto a este supuesto declara CASADEVALL[65] que *"[l]a condena comporta una declaración de culpabilidad consecutiva a la determinación legal de la comisión de una infracción y la imposición de una pena u otra medida de seguridad privativa de libertad."* y que, por ende, la excepción no es aplicable a las medidas de carácter cautelar. También exige, como apunta GRABENWARTER[66], que la privación de libertad sea posterior a la condena lo cual *"no significa simplemente que la detención debe seguir a la condena en el tiempo: además, la detención debe ser el resultado de, seguir y depender de u ocurrir en virtud de la condena. En resumen, debe haber una suficiente conexión causal entre la condena y la privación de libertad en el caso."*

Este supuesto resulta particularmente relevante en el ámbito de las Fuerzas Armadas, puesto que su literalidad implica que únicamente los órganos judiciales pueden dictar sentencias que impliquen una privación de libertad, lo que cercena la posibilidad de que los mandos militares impongan sanciones privativas de libertad en el ámbito disciplinario. Es por ello que España -como ya se ha expuesto- formuló reserva, en el momento de depositar el instrumento de Ratificación del CEDH[67] a los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones del entonces vigente Código de Justicia Militar

[65] CASADEVALL, J. (2012:242).

[66] GRABENWARTER, C. (2014: 72).

[67] 4 de octubre de 1979 (Boletín Oficial del Estado nº 243, de 10 de octubre de 1979).

El texto literal de la reserva en lo que aquí interesa es: *"A. España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de:*

1) 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."

sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas[68]. En similares términos se mantienen también reservas al artículo 5 por otros Estados miembro (Armenia, Azerbaiyán, República Checa, Francia, Portugal, Eslovaquia y, desde junio de 2022, Ucrania -en relación con la aplicación de la ley marcial vigente a partir del conflicto con Rusia-).

Como ya señalara la STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos de 8 de junio de 1976, *"esta disposición no hace distinción alguna basada en la calificación jurídica de la infracción de la que una persona ha sido declarada culpable. Se aplica a cualquier «condena» que ocasione privación de libertad pronunciada por un «tribunal», independientemente de que la condena esté calificada como penal o disciplinaria por el derecho interno del Estado de que se trate."* En el supuesto concreto valorado en esa sentencia, el TEDH estimó que no se había vulnerado dicho precepto porque los arrestos disciplinarios únicamente fueron ejecutados una vez que se habían agotado los recursos frente a los mismos y, por tanto, cuando se había pronunciado sobre ellos el Tribunal Supremo Militar, órgano que el TEDH considera como "tribunal competente" a los efectos del artículo 5.1 del CEDH.

Por el contrario, no puede ser apreciada esa calidad de "tribunal competente" en un mando militar. Así se encargó de constatarlo la STEDH en el caso Dacosta Silva contra España, de 2 de noviembre de 2006: *"Este arresto,*

[68] Reserva que, como se expuso (ver nota 49) ha sido modificada posteriormente en tres ocasiones: la primera (Boletín Oficial del Estado nº 234, de 30 de septiembre de 1986) con ocasión de la entrada en vigor el 1 de junio de 1986 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; la segunda (Boletín Oficial del Estado nº 267, de 7 de noviembre de 2007), como consecuencia de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999; y la tercera (Boletín Oficial del Estado nº 92, de 17 de abril de 2015) por la aprobación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, promulgada el día 4 de diciembre de 2014 y que entró en vigor el día 5 de marzo de 2015 derogando la anterior.

Los términos de la actual reserva son: *"España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio (hoy artículo 57), se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida en que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre (capítulo II del Título I, Título II, Título III, capítulo I del Título IV, Título V y Disposiciones adicionales cuarta y quinta), de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, promulgada el día 4 de diciembre de 2014 y que entrará en vigor el 5 de marzo de 2015".*

ordenado por un superior jerárquico, tenía un carácter inmediatamente ejecutivo. El recurso contra la sanción no tenía efecto suspensivo (véase, a contrario, Engel y otros contra los Países Bajos, sentencia de 8 de junio de 1976, serie A nº 22, páginas 27 y 28, §68). El superior jerárquico ejerce su autoridad dentro de la jerarquía de la Guardia Civil, depende de otras autoridades superiores y no goza de independencia en razón a ellas. Además, el procedimiento disciplinario se desarrolla ante su superior jerárquico y no goza de las garantías judiciales establecidas por el artículo 5.1.a) del Convenio. En consecuencia, el arresto sufrido por el demandante no revestía carácter de una detención regular "tras una condena por un Tribunal competente".

Idéntica conclusión alcanzaría en las SSTEDH en los casos A. D., de 22 de diciembre de 2005, Pulatli, de 26 de abril de 2011 y Yavuz Selim Güler, de 15 de diciembre de 2015, todos ellos contra Turquía, al apreciar -en esta última- que *"la ausencia de integración en el sistema jurídico turco de un mecanismo que garantice que las sanciones disciplinarias privativas de libertad en el Ejército se impongan o se controlen en el marco de un recurso por una autoridad que presente garantías judiciales supone una violación del artículo 5.1 del Convenio."*

A este respecto sostengo mi postura, expresada ya hace tiempo[69], considerando que la inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias vulnera la tutela judicial efectiva en su manifestación de la debida tutela cautelar. Si lo que se pretende es la salvaguarda inmediata de otros bienes jurídicos, como puede ser la disciplina, debiera acudirse a la denominada función administrativa de policía y preverse supuestos tasados en que una autoridad administrativa pueda imponer medidas privativas de libertad con tal objeto, estableciendo un adecuado control judicial posterior, pero tales medidas no pueden asimilarse a las previstas en el artículo 5.1 a) del CEDH.

[69] GONZÁLEZ ALONSO, F. (2014) "La inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias militares y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista General de Derecho Administrativo nº. 36*.

De acuerdo con la doctrina expuesta del TEDH, sí resultaría respetuoso con el artículo 5.1 la imposición de sanciones privativas de libertad en el ámbito castrense si su ejecución fuera llevada a efecto únicamente tras un pronunciamiento de un órgano judicial. Así lo confirma la DTEDH en el caso Borrelli contra Suiza, de 2 de septiembre de 1993. En ella recuerda que en dos casos precedentes contra Suiza (Santschi y otros, de 24 de marzo de 1983, y Eggs, de 12 de julio de 1984), se estimó vulnerado el artículo 5.1 del CEDH respecto a dos procedimientos disciplinarios militares en los que los recurrentes no fueron castigados por un "tribunal competente" en el sentido del precepto. Suiza modificó el Código Penal Militar y el Código Procesal Penal Militar en el sentido de que un tribunal con plenos poderes podría en adelante revocar las decisiones de los mandos militares. De acuerdo con esa reforma, el TEDH inadmite la demanda en este caso Borrelli puesto que el Tribunal de Apelación Militar que desestimó el recurso del demandante sí cumplía con la condición de "tribunal competente" a los efectos del artículo 5.1.a) CEDH.

Además, como afirman HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[70], *"es la detención la que debe ser «legal», no la condena personal. Por tanto, el Tribunal no someterá el proceso que ha llevado a la condena a un exhaustivo examen y verificación de si se ha cumplido plenamente con todas las exigencias del artículo 6. No obstante, una privación de libertad no estará amparada en el artículo 5.1.a) si la «condena» es el resultado de un proceso que resultase una «flagrante negación de justicia», esto es si fuera «manifiestamente contraria a las disposiciones del artículo 6 o a los principios inherentes al mismo»."*

2.2. Detención preventiva por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley

Se trata, en realidad, de dos supuestos diferentes. El primero referido a la emisión de un mandato judicial que es incumplido, exigiéndose para la privación

[70] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018:312).

de libertad, como señala LÓPEZ GUERRA[71], invocando las SSTEDH en el caso Velinov contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia, de 19 de septiembre de 2013 y en el caso Beiere contra Letonia, de 29 de noviembre de 2011, *"que el afectado haya sido efectivamente informado de la orden, y haya tenido oportunidad de cumplirla".* El segundo supuesto es la privación de libertad prevista para lograr el cumplimiento de una obligación legalmente impuesta de manera que, siguiendo igualmente a LÓPEZ GUERRA[72], *"no puede tener un carácter punitivo: una vez cumplida la obligación, no procede continuar con la privación de libertad. […]); por otra parte, de acuerdo con el artículo 1 del Protocolo número 4, no cabe privación de libertad por incumplimiento de obligaciones contractuales (impago de deudas, por ejemplo)."* El propio LÓPEZ GUERRA, así como CASADEVALL[73], señalan la necesidad de ponderar las circunstancias del caso y de que exista una proporcionalidad entre la privación de libertad y la obligación a cumplir, reservándose para casos en que no existan otras fórmulas menos lesivas. Esa ponderación se llevará a cabo, como apunta BARJA DE QUIROGA[74] citando la STEDH en el caso Vasileva contra Dinamarca, de 25 de septiembre de 2003, atendiendo a *"la naturaleza de la obligación establecida por la legislación aplicable en vigor incluyendo el objeto y la finalidad subyacente; la persona que es detenida y las particulares circunstancias que la llevaron a su detención, así como la duración de la misma."*

Por lo que se refiere a cuestiones que puedan incidir de forma particular en el ámbito castrense, cabe plantearse si el cumplimiento mismo de las obligaciones militares puede constituir un argumento válido para la privación de

[71] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:120).

[72] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:120).

[73] CASADEVALL, J. (2012:244).

[74] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (director) (2018:65).

libertad y más concretamente si la disciplina puede ser apreciada como una obligación legal a estos efectos.

La cuestión ya se suscitó en la referida STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, señalando, en cuanto a la justificación de privaciones de libertad en el ámbito castrense para el cumplimiento genérico de obligaciones, que *"[l]as palabras «garantizar el cumplimiento de cualquier obligación prescrita por la ley» se refieren únicamente a los casos en que la ley permite la detención de una persona para obligarla a cumplir una obligación específica y concreta que hasta entonces no ha cumplido. Una interpretación amplia entrañaría consecuencias incompatibles con la noción de Estado de derecho en la que se inspira todo el Convenio (sentencia Golder de 21 de febrero de 1975, serie A nº 18, pp. 16-17, párrafo 34). Justificaría, por ejemplo, el internamiento administrativo destinado a obligar a un ciudadano a cumplir, en relación con cualquier aspecto, su deber general de obediencia a la ley."* Y continúa: *"El artículo 44 de la Ley de 1903, aplicable cuando un oficial tiene «indicios suficientes para suponer que un subordinado ha cometido un delito grave contra la disciplina militar», se refiere al comportamiento pasado. La medida así autorizada es una fase preparatoria de un procedimiento disciplinario militar y, por lo tanto, se sitúa en un contexto punitivo. Tal vez esta medida también tenga en ocasiones el objeto o efecto incidental de inducir a un miembro de las Fuerzas Armadas a cumplir en adelante con sus obligaciones, pero sólo con gran artificio puede incardinarse bajo el apartado b) (art. 5-1-b)."* Distinta será -como señala la propia sentencia y se verá más adelante- su inclusión en el apartado c) del mismo artículo 5.1 del CEDH.

En la misma línea se manifestarían las SSTEDH en los casos De Jong, Baljet y Van den Brink; Duinhof y Duijf; Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe, todas ellas[75]

[75] Se trata de hechos análogos. Los recurrentes, tras ser reclutados como soldados forzosos en las Fuerzas Armadas neerlandesas, se negaron a obedecer órdenes específicas relativas a la prestación de su servicio militar obligatorio invocando sus convicciones como objetores de conciencia. Fueron detenidos por los oficiales militares competentes por la presunta comisión de delitos contra el Código Penal Militar (*Wetboek van Militair Strafrecht*), manteniéndose esa privación de libertad hasta su enjuiciamiento por un tribunal militar.

contra Países Bajos y de la misma fecha, 22 de mayo de 1984, respecto a esa misma previsión del Código Penal Militar neerlandés. El TEDH estimó en este caso que la circunstancia prevista en la legislación neerlandesa constituía, en realidad, una condición adicional a los supuestos de privación de libertad por la sospecha de comisión de un delito, prevista en la letra c) del artículo 5.1 del CEDH, eludiendo un pronunciamiento sobre la posibilidad de que el mantenimiento de la disciplina pudiera constituir un argumento válido, por sí solo, para llevar a cabo una privación de libertad. En el siguiente punto se analizará esa misma sentencia en relación con el supuesto previsto en la letra c).

Posteriormente, la STEDH en el caso Erkus contra Turquía, de 29 de septiembre de 2009, consideró que la privación de libertad impuesta a un soldado que se encontraba realizando el servicio militar obligatorio y que no se había incorporado tras un permiso podría incardinarse tanto en la causa b) como en la c) del artículo 5.1 del CEDH. En cuanto a la primera de las causas, la privación *"tenía por objeto garantizar su regreso a su unidad a fin de asegurar el cumplimiento de su obligación, prescrita por la ley, de realizar el servicio militar obligatorio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 80 de la Ley del Servicio Militar."* La STEDH estima una vulneración del derecho a la libertad, pero no por la falta de concurrencia del supuesto, sino porque *"a falta de información o documentación concreta, el Tribunal no considera convincente que, para alcanzar el objetivo perseguido por la detención del demandante, las autoridades necesitaran doce días para enviar al demandante a su unidad del Ejército."* Al haberse estimado la concurrencia de otras causas válidas de privación de libertad no puede desprenderse que la obligación legal de incorporarse a su unidad hubiese justificado su detención si se hubiera acortado en el tiempo, pero lo que sí parece colegirse de la argumentación seguida es que las obligaciones específicamente castrenses pueden ser apreciadas como obligaciones legales a los efectos de esta concreta causa de privación de libertad.

Conectando con lo expuesto anteriormente sobre la posible adopción de arrestos como actuaciones administrativas de "policía", entiendo que resultaría compatible con el CEDH, pero sería necesario que se concretaran legalmente los supuestos en que el arresto resulta necesario y el propósito que se persigue, estableciéndose los oportunos límites temporales y las condiciones de su ejercicio, así como un adecuado control judicial. Se trata, además, como se ha dicho, de medidas claramente distinguibles de las privaciones de libertad que puedan adoptarse, ya como medida cautelar ya como sanción -penal o administrativa-, aunque el deslinde en la práctica quizás no resulte sencillo.

2.3. Detención preventiva o internamiento para conducirle ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de la comisión de una infracción o se estime necesario para impedir la comisión de una nueva infracción o la huida

Se trata realmente de tres supuestos alternativos, caracterizados todos ellos por la finalidad perseguida de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial competente.

En cuanto a la existencia de indicios racionales, se trata, según CASADEVALL[76], de que, *"más allá de sospechas, aunque sinceras y de buena fe, las autoridades tengan conocimiento de hechos o de informaciones suficientes para persuadir a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber participado en el hecho delictivo que le es imputado.",* pero sin que sea necesario que *"en el momento de proceder a la detención de una persona, la policía haya recogido elementos probatorios suficientes para una inculpación."* No parece, por tanto, que ese término de "indicios racionales" resulte equiparable al establecido en los artículos 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 164 de la Ley Procesal Militar y que constituyen el fundamento del auto de procesamiento. Como señala LÓPEZ

[76] CASADEVALL, J. (2012:245 y 246).

GUERRA[77], *"[e]l concepto de sospecha razonable es obviamente impreciso, y no equivale al de convicción sobre la autoría de la infracción, pero al menos debe basarse en hechos que justifiquen tal sospecha."* Y señala que el TEDH ha tenido en cuenta las peculiaridades de determinados supuestos, como en casos de terrorismo o de actuación de organizaciones mafiosas. Lo que se excluye en todo caso es *"una actuación discrecional, y exige, incluso en estos supuestos, un mínimo de justificación y razonabilidad de la sospecha. Esta razonabilidad es exigible tanto de la privación de libertad por la policía (detención) como de la adopción y mantenimiento de medidas de prisión provisional por el juez en tanto se lleva a cabo el correspondiente juicio."*

En las ya comentadas SSTEDH en el caso De Jong, Baljet y Van den Brink; caso Duinhof y Duijf; caso Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe, todos ellos contra Países Bajos, de 22 de mayo de 1984, se analiza -como se expuso- la existencia de sospechas de comisión de un delito en el ámbito castrense y la necesidad de mantener la disciplina como causa justificativa de la imposición de una privación de libertad. Considera acorde con el artículo 5.1.c) la detención llevada a cabo por la sospecha de la comisión de un delito militar de insubordinación, al objeto de poner a los detenidos a disposición de la autoridad judicial y estimando que la necesidad de mantener la disciplina no es un elemento determinante, por sí solo, de la privación de libertad, sino un requisito adicional establecido por la legislación neerlandesa. Ante tales consideraciones, a mi juicio, la previsión del artículo 216 de nuestra LOPM[78] resultaría plenamente compatible con el CEDH,

[77] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:121).

[78] Artículo 216.

"La prisión preventiva se acordará cuando concurran las circunstancias que a continuación se expresan:

Primera.–Que a juicio del Juez Togado aparezca la existencia de un hecho constitutivo de delito.

Segunda.–Que éste tenga señalada pena superior a seis años de prisión o de prisión menor. La prisión podrá decretarse, aunque la pena sea inferior a las mencionadas, cuando el Juez lo considere conveniente, atendidas las circunstancias del delito y las personales y antecedentes del inculpado o cuando se trate de hechos que revistan gravedad o peligro en relación con la disciplina o el servicio.

pues al igual que sucedía con la comentada legislación neerlandesa, el mantenimiento de la disciplina no se erige en causa justificativa por sí misma de la prisión preventiva, sino en un elemento adicional que puede motivar la privación de libertad siempre que existan indicios de la comisión de un delito y de su atribución a una persona.

Diferente valoración debe hacerse, sin embargo, de las facultades establecidas en los artículos 31 y 51 de la LORDFAS[79], pues, aunque en ambos

---

Cuando el Juez haya decretado la prisión preventiva en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de seis años de prisión, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado.

Tercera.–Que aparezcan en la causa motivos suficientes para considerar responsables criminalmente del delito perseguido a la persona contra quien se haya de acordar la prisión."

[79] La Ley, con una mejorable técnica jurídica, regula medidas que denomina cautelares o provisionales en sus artículos 31 y 51, respectivamente, pero que en ambos casos pueden consistir en la imposición de un arresto de duración determinada, 48 horas en el primer supuesto y hasta 20 días en el segundo.

Artículo 31. Medidas cautelares.

"1. Las autoridades y mandos con potestad disciplinaria y los militares que ejerzan el mando de una guardia o servicio podrán acordar respecto del infractor que le esté subordinado por razón del cargo, destino, guardia o servicio, el arresto cautelar por un periodo máximo de cuarenta y ocho horas, ante la comisión de una falta disciplinaria y cuando sea necesaria tal medida para restablecer de manera inmediata la disciplina. Este arresto se cumplirá en la unidad a la que pertenezca el infractor o en el lugar que se designe.

Asimismo podrán acordar el cese en sus funciones del infractor que les esté subordinado, por un plazo máximo de dos días cuando la falta cometida pudiera ocasionar perjuicios al servicio. Este cese cautelar no tendrá ninguna repercusión en las retribuciones del infractor.

2. La imposición de estas medidas se comunicará de manera inmediata a la autoridad o mando con competencia para sancionar la falta cometida, que podrá mantenerlas o levantarlas. En todo caso, quedarán sin efecto una vez transcurrido el plazo máximo de su duración y el arresto cautelar será de abono, si su naturaleza lo permite, para el cumplimiento de la sanción que, en su caso, se imponga.

3. Si el procedimiento disciplinario finaliza sin declaración de responsabilidad por parte del expedientado por inexistencia de infracción o con una sanción de arresto de menor duración temporal a la de la medida previa adoptada, se le compensará, por cada día de exceso en que permaneció arrestado, con una indemnización que será el importe fijado para la dieta en territorio nacional.

4. Contra la imposición de las medidas expresadas en este artículo, el interesado podrá interponer directamente recurso contencioso-disciplinario militar en los términos previstos en la legislación procesal militar."

Artículo 51. Medidas provisionales.

preceptos la medida privativa de libertad partiría de la previa existencia de indicios de una infracción disciplinaria, faltaría el requisito de perseguirse la inmediata puesta a disposición judicial del militar privado de libertad y, por ende, tal privación resultaría contraria al artículo 5.1.c) del CEDH.

En ese sentido se ha pronunciado también el TEDH en sus SSTEDH en los casos Hood, de 18 de febrero de 1999, Thompson, de 15 de junio de 2004, y Boyle, de 8 de enero de 2008, todos ellos contra Reino Unido. Estima el Tribunal que las privaciones de libertad impuestas por un mando militar ante la sospecha de la comisión de una infracción pueden incardinarse en el supuesto del artículo 5.1.c) del CEDH, pero que dicho mando militar no cumple con las garantías de

---

"1. Cuando la naturaleza y circunstancias de una falta con apariencia fundada de responsabilidad disciplinaria grave exijan una acción inmediata, por la trascendencia del riesgo que su no adopción pueda entrañar para el mantenimiento de la disciplina, la autoridad que hubiera acordado la incoación del procedimiento podrá ordenar motivadamente el arresto preventivo del presunto infractor en un establecimiento disciplinario militar o en el lugar que se designe. En ningún caso podrá permanecer en esta situación más de veinte días, siéndole de abono para el cumplimiento de la sanción que le pueda ser impuesta.

2. La misma autoridad, de no haber adoptado la medida prevista en el apartado anterior y para evitar perjuicio al servicio, podrá disponer motivadamente el cese de funciones del presunto infractor por tiempo que no exceda de veinte días.

3. Si el procedimiento disciplinario finaliza sin declaración de responsabilidad por inexistencia de infracción del expedientado o con una sanción de arresto de menor duración temporal a la de la medida provisional adoptada, se le aplicarán las compensaciones establecidas en el artículo 31.3.

4. Cuando el procedimiento se tramite por la comisión de falta muy grave la autoridad que acordó su incoación podrá acordar, motivadamente, el pase del interesado a la situación administrativa de suspensión de funciones regulada en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

El militar en dicha situación provisional tendrá derecho a percibir las retribuciones que reglamentariamente le correspondan, excepto en los casos de incomparecencia en el expediente disciplinario o paralización del procedimiento imputable al interesado, en que podrá ordenarse al órgano pagador la retención de toda retribución mientras se mantenga dicha causa.

5. En todo caso, antes de acordar cualquiera de las medidas provisionales o el cambio de situación a que se refieren los apartados anteriores, será preceptivo el informe del asesor jurídico correspondiente.

6. Contra la resolución que acuerde la adopción de las medidas provisionales previstas en los apartados 1 y 2, el interesado podrá interponer directamente recurso contencioso-disciplinario militar conforme a la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

En el supuesto del cambio de situación administrativa prevista en el apartado 4, podrá promover recurso de alzada o, en su caso, potestativo de reposición, ante el Ministro de Defensa."

imparcialidad que resultan necesarias de conformidad con el artículo 5.3 del CEDH.

Dentro de este supuesto de privación de libertad merece también comentario la STEDH en el caso Zalyan y otros contra Armenia, de 17 de marzo de 2016. Se trata del caso de tres soldados armenios inculpados por su presunta implicación en la muerte de dos compañeros. En un primer momento se les mantiene custodiados durante cinco días, en los cuales son interrogados por su jefe de unidad y personal de la fiscalía y de la policía militar, y posteriormente en una celda en otras dependencias militares. El Gobierno armenio alegó que esa primera privación de libertad no fue impuesta en relación con la investigación criminal, sino como medida disciplinaria de sus superiores[80], si bien se modificó el lugar de su cumplimiento para permitir su interrogatorio en la investigación penal. El TEDH rechaza tal argumentación puesto que no existe ninguna prueba de que se observasen las prescripciones legales establecidas para la imposición de sanciones disciplinarias, sino que inmediatamente después de su entrevista con el jefe de unidad el demandante fue conducido a las dependencias del fiscal para continuar los interrogatorios; la propia orden o resolución de arresto se limitó a indicar que el demandante había cometido un "VMR" (*violation of military rules* -violación de normas militares-) sin proporcionar ningún otro detalle ni mencionar cuales eran las disposiciones militares vulneradas; y, por último, porque de los documentos remitidos por la fiscalía en esas fechas se desprende que todas las medidas adoptadas estaban encaminadas a la investigación criminal, sin mencionar ninguna sanción disciplinaria. Tampoco admite la alegación de que el soldado fue conducido para ser oído como testigo, pues de acuerdo con la ley aplicable a los mismos, estos no son puestos bajo disposición de agentes ni conducidos por la fuerza, sino que se les permite declarar en cualquier lugar; las circunstancias del caso evidencian que el soldado fue considerado y tratado como sospechoso. Por todo ello estima que fue vulnerado el artículo 5.1 del CEDH

[80] Recordar que Armenia mantiene una reserva al artículo 5 del CEDH excluyendo su aplicación en lo relativo a la aplicación del régimen disciplinario militar.

llegando a señalar que las autoridades armenias *"parecen haber utilizado la supuesta sanción disciplinaria como pretexto formal para privar al solicitante de su libertad."*

Además, esta STEDH puede resultar relevante para el Derecho Militar español por la similitud de la reserva armenia al artículo 5 del CEDH a la efectuada por nuestro país a ese mismo precepto, en cuanto a su exclusión en lo relativo a las privaciones de libertad impuestas en aplicación de las leyes disciplinarias castrenses. El tenor del TEDH resulta de suma contundencia al exponer que *"sería inaceptable que una Parte Contratante eludiera su responsabilidad de acuerdo con el Convenio recurriendo formalmente a ciertos procedimientos prescritos por el derecho interno, a cuyo respecto se ha formulado una reserva, pero en realidad persiguiendo objetivos para los que esos procedimientos no fueron concebidos."* Es decir, un Estado parte no puede ampararse en una medida disciplinaria, excluida de la aplicación del artículo 5 del CEDH en virtud de una reserva, para burlar la observancia de dicho precepto respecto de una privación de libertad carente verdaderamente de esa naturaleza. Además, considero que, resultando preferente el orden penal, ante la mera sospecha de que los hechos a investigar pudieran tener naturaleza criminal, el procedimiento habría de someterse a las previsiones legales del mismo y, por ende, a las garantías del artículo 5 del CEDH. Obviamente tal disfunción quedaría superada si, acorde con el propio Convenio y la mayoría de los Estados parte, España retirase esa reserva.

En cuanto al segundo de los supuestos, referido a la evitación de futuros delitos, como afirma LÓPEZ GUERRA[81], *"debe tratarse de evitar una infracción concreta y específica: no son admisibles medidas de privación de libertad en forma preventiva general, sin relación con un peligro claramente determinado (Osterdoff c. Alemania, 2013, y S.V. y A. c. Dinamarca, 2018, ambas relativas a*

[81] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:121).

posibles enfrentamientos entre seguidores de equipos de fútbol); por otra parte, sólo cabe acudir a esta vía cuando cualquier otro procedimiento menos gravoso para la libertad no es posible."

Por último, el tercer supuesto incluido en la letra c) del artículo 5.1 del CEDH se refiere al riesgo de huida tras la comisión de una infracción, debiendo concurrir, además, la nota común de ese apartado referida a la puesta a disposición de la autoridad judicial. Como señala LÓPEZ GUERRA[82], *"a partir de Neumeister c. Austria, de 1968, el Tribunal ha considerado que no puede apreciarse el peligro de fuga únicamente a la luz de la posible pena a imponer, sino también a la vista de otras circunstancias, referentes especialmente al carácter del interesado, a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y de cualquier naturaleza con el país en que está procesado, que pueden confirmar que existe peligro de fuga o bien que no se justifica la detención provisional."*

En lo que pudiera incidir en el ámbito militar, debe significarse la diferente redacción de la LECr. y de la LOPM. Mientras el artículo 503 de la LECr. contempla estos dos supuestos de la evitación de futuros delitos y evitación de una posible fuga como posible justificación de la prisión provisional -junto a la existencia de hechos constitutivos de delito y posible imputación de los mismos a persona determinada-, la LOPM no lo hace. Y es que la ley castrense únicamente atiende -partiendo de esos dos elementos comunes: existencia de hechos de naturaleza delictiva e indicios de imputación- a la gravedad de la pena a imponer o, subsidiariamente, a la gravedad o peligro de los hechos en relación con la disciplina o el servicio. Atendida la similitud de la redacción de la Ley Procesal Militar con el texto del citado artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal anterior a la reforma operada en el mismo por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, ciertamente cabe pensar que esa discrepancia en la redacción actual de

[82] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:122).

ambos textos se debe -como sucede con asiduidad- a un olvido o preterición del legislador hacia la jurisdicción militar más que a una verdadera opción del mismo por prescindir de tales requisitos en el ámbito castrense. No obstante, a mi juicio, nada impedirá al juez militar hacer aplicación de esos dos supuestos para la imposición de una prisión provisional, pues tanto la evitación de futuros delitos -militares, ha de entenderse-, como el riesgo de huida, podrán ser considerados como casos que ponen en peligro tanto la disciplina como el servicio, circunstancia que sí prevé la Ley militar y que, como hemos visto, también ha merecido la conformidad del TEDH.

3. EL DERECHO A SER INFORMADO DE LOS MOTIVOS DE LA DETENCIÓN

Como señalara la STEDH en el caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido, de 30 de agosto de 1990, *"El párrafo 2 del artículo 5 (art. 5-2) contiene la garantía elemental de que toda persona detenida debe saber por qué está privada de libertad. Esta disposición forma parte integrante del sistema de protección previsto en el artículo 5 (art. 5): en virtud del párrafo 2 (art. 5-2), le debe ser comunicado a toda persona detenida, en un lenguaje sencillo y no técnico que pueda comprender, los motivos jurídicos y fácticos esenciales de su detención, a fin de que pueda, si lo considera oportuno, recurrir ante un órgano jurisdiccional su legalidad de conformidad con el apartado 4 (art. 5-4) (véase la sentencia Van der Leer de 21 de febrero de 1990, serie A nº 170, p. 13, § 28). Si bien esta información debe transmitirse "con prontitud" (en francés: "dans le plus court délai"), no es necesario que el agente que practica la detención la efectúe en su totalidad en el mismo momento de la detención. La cuestión de si el contenido y la rapidez de la información transmitida fueron suficientes debe apreciarse en cada caso en función de sus características especiales."*

Por tanto, como sucede con carácter general, la principal cuestión a analizar en relación con esta garantía y su aplicación a los militares comprende ese doble

aspecto: el contenido de la información a facilitar y el momento de llevarla a cabo. Aun cuando ambos aspectos resultan inescindibles, debe significarse que este derecho es diferente del proclamado en el artículo 6.3 del CEDH, referido a la información sobre la acusación, pues aquí se refiere de forma específica a los motivos de la privación de libertad.

Respecto al contenido de la información a facilitar, señala CASADEVALL[83], que *"[l]a información, tanto la oral como la escrita, se debe facilitar en un lenguaje comprensible, adaptado a las capacidades intelectuales y de comunicación de la persona interesada, de tal manera que se pueda hacer cargo de la situación y de aquello que le es imputado. Las explicaciones han de ser comprensibles, es decir formuladas "en un lenguaje simple y accesible". Cuando la persona detenida no entiende la lengua oficial se le debe facilitar la asistencia de un intérprete. Se impone respetar este derecho del justiciable (expresamente previsto en el artículo 6.3 del Convenio como uno de los elementos del proceso equitativo); derecho que se traduce en una obligación del Estado, precisamente en el momento de la detención y de los primeros interrogatorios, en cuanto que las primeras actuaciones de instrucción en el proceso penal suelen ser determinantes para la persona imputada."*

En el marco de la Unión Europea[84], la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, describe el contenido de la información a facilitar en el momento de la detención o privación de libertad, diferenciándola, además, de la referida a la acusación[85].

[83] CASADEVALL, J. (2012:254).

[84] Indicar que todos los países de la UE son miembros del Consejo de Europa y que el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, permite que la UE se adhiera al CEDH, adhesión que no se ha materializado por el rechazo del TJUE al proyecto de documento de adhesión en 2014.

[85] *Artículo 4. Declaración sobre los derechos en el momento de la detención*

En cuanto a la prontitud de dicha información, señalan HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[86], con apoyo en la DTEDH en el caso Kerr contra Reino Unido de 7 de diciembre de 1999 y en la STEDH en el caso Zuyev contra Rusia de 19 de febrero de 2013, que *"las razones del arresto deben ser expuestas al detenido «a las pocas horas de su arresto», al menos que haya «excepcionales circunstancias,*

---

1. Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad reciba con prontitud una declaración de derechos escrita. Se le dará ocasión de leer la declaración de derechos y se le permitirá conservarla en su poder durante todo el tiempo que dure la privación de libertad.

2. Además de la información que figura en el artículo 3, la declaración de derechos a la que se hace referencia en el apartado 1 del presente artículo contendrá información acerca de los siguientes derechos, tal como se apliquen con arreglo a la legislación nacional:

a) el derecho de acceso a los materiales del expediente;

b) el derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona;

c) el derecho de acceso a atención médica urgente, y

d) el máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial.

3. La declaración de derechos contendrá, asimismo, información básica relativa a las posibilidades, con arreglo a la legislación nacional, de impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma, o solicitud de la libertad provisional.

4. La declaración de derechos se redactará en términos sencillos y accesibles. En el anexo I figura un modelo indicativo de tal declaración.

5. Los Estados miembros garantizarán que la persona sospechosa o acusada reciba una declaración de derechos escrita en una lengua que comprenda. Cuando no se disponga de la declaración de derechos en la lengua apropiada, se informará a la persona sospechosa o acusada de sus derechos oralmente, en una lengua que comprenda. Posteriormente se le deberá entregar, sin demora indebida, una declaración de derechos en una lengua que comprenda.

Artículo 5. Declaración sobre los derechos en el marco del procedimiento de la orden de detención europea

1. Los Estados miembros garantizarán que toda persona que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea reciba con prontitud una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos de conformidad con la legislación de aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI en el Estado miembro que la ejecuta.

2. La declaración de derechos estará redactada en un lenguaje sencillo y accesible. Un modelo indicativo de tal declaración figura en el anexo II.

[86] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018:339-340).

tales como la seria incapacidad de la persona arrestada para comprender las razones que le hubieran sido dadas»".

Una sentencia que se pronuncia acerca de estos extremos en el ámbito militar es la STEDH en el caso Boyle contra Reino Unido de 8 de enero de 2008[87], a la que ya se hizo referencia. El recurrente alegó que no fue informado de los motivos de su detención hasta casi dos meses después de haberse producido esta, si bien el TEDH indica que los motivos de la privación de libertad fueron registrados en los informes emitidos sobre la misma, aunque a partir del sexto día de la privación. No resulta probado si esos informes se proporcionaron al detenido, pero el Gobierno británico sostiene ante el TEDH que fue informado de las razones de su detención en sus comparecencias ante su *commanding officer.* Además, se enviaron copias de dichos informes a los abogados del detenido cuando lo solicitaron con el fin de formular una solicitud de *habeas corpus,* tal y como efectivamente hicieron, derivando en la puesta en libertad. Señala el TEDH que *"siempre es deseable que cuando se informe oralmente a un detenido de los motivos de su detención, se le proporcione una copia escrita de seguimiento de esos motivos. Sin embargo, en el caso de autos, toda deficiencia al respecto fue atenuada por el hecho de que se conservaron registros escritos y posteriormente se facilitaron a los representantes del demandante, lo que les permitió iniciar un procedimiento para que se revisara la legalidad del internamiento."* Por ello el TEDH no considera que existiese vulneración del deber de informar de los motivos de la detención a partir del sexto día de la privación de libertad. En cuanto a los seis primeros días, como dicha privación -y la consiguiente información sobre los

[87] Se trata del caso de un soldado británico, destacado en Alemania, que es detenido el día 2 de noviembre de 1999 y acusado de violación por su *commanding officer*. El día 16 de noviembre de 1999 es trasladado a un centro de internamiento militar en Reino Unido. Periódicamente se iban emitiendo informes sobre la detención del soldado, los cuales fueron facilitados con fecha 11 de febrero de 2000 al defensor que éste designó. El defensor solicitó una revisión de la detención el 1 de febrero de 2000, siendo informado verbalmente de que dicha revisión tendría lugar, pero finalmente la misma no se produjo, lo cual le fue comunicado el 16 de febrero. El 18 de febrero de 2000 formuló por escrito una solicitud de *habeas corpus* y el 22 de febrero fue puesto en libertad y destinado a una unidad del Reino Unido con órdenes específicas encaminadas a evitar que pudiera influir en los testigos. Juzgado por una *court martial* entre el 14 y el 25 de mayo de 2001, junto a otros dos coacusados, los tres fueron absueltos.

motivos de la misma- se produjo por el *commanding officer* y este no puede ser considerado como una autoridad asimilable a un juez, existe vulneración del artículo 5.1 c) del CEDH, en relación con el artículo 5.3, no resultando necesario un pronunciamiento referido al apartado segundo de dicho artículo 5.

4. CONDUCCIÓN ANTE UN JUEZ O AUTORIDAD HABILITADA PARA EJERCER PODERES JUDICIALES SIN DILACIÓN Y SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

El apartado 3 del artículo 5 del CEDH establece el derecho de toda persona que sea privada de libertad con arreglo al supuesto del apartado 1 c) a ser conducida, en el plazo más breve posible, ante un juez o autoridad habilitada para ejercer poderes judiciales. Según HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[88] tal garantía *"exige un rápido control judicial de los detenidos que se enfrentan a cargos penales (artículo 5(1)(c)) y que se celebre un juicio en un plazo razonable. Requiere que el Estado justifique la detención en todas las etapas y que libere al detenido, bajo fianza si es necesario, a menos que haya una buena razón para seguir deteniéndolo."* Tal derecho va a plantear, fundamentalmente, dos cuestiones: qué autoridades deben ser consideradas a estos efectos y cuando debe entenderse excedido ese plazo.

En cuanto a la primera cuestión, señala CASADEVALL[89] que *"[e]l juez, o aquella "otra autoridad habilitada por la ley", ante la cual debe ser conducida toda persona detenida, ha de estar investida del poder suficiente para poder ordenar el mantenimiento en detención o la puesta en libertad."* Tales asertos se contenían ya en la STEDH en el caso Schiesser contra Suiza de 4 de diciembre de 1979 y han sido reiterados en otras sentencias como las dictadas en los mencionados casos De Jong, Baljet y Van den Brink; Duinhof y Duijf; Van der

[88] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018:291).

[89] CASADEVALL, J. (2012:256).

Sluijs, Zuiderveld y Klappe, todos contra Países Bajos y de fecha 22 de mayo de 1984, así como en el caso Pauwels contra Bélgica de 26 de mayo de 1988. En estas últimas se ahonda en el análisis de los requisitos que deben concurrir en esas otras "autoridades habilitadas por la ley para ejercer poderes judiciales", indicando que: *"... La «autoridad» no es idéntica al «juez», pero debe, no obstante, tener algunas de sus atribuciones, es decir, debe cumplir determinados requisitos, cada uno de los cuales constituye una garantía para la persona detenida.*

La primera de esas condiciones es la independencia del ejecutivo y de las partes.

[...]

Esto no significa que la «autoridad» no pueda estar subordinada en cierta medida a otros jueces o funcionarios, siempre que ellos mismos gocen de una independencia similar."

En cuanto al caso concreto, el TEDH rechaza que pueda considerarse como tal "autoridad" al auditor militar (término con el que aún hoy se denomina a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en nuestro país) por un doble motivo: primero, porque no resulta asimilable la competencia de una autoridad judicial para resolver la continuidad de la privación de libertad con la mera emisión por un oficial auditor de un informe jurídico relativo a la privación de libertad; y, en segundo lugar, porque dicho oficial carece de la independencia que el artículo 5.3 del CEDH exige, dado que, aunque gozaba de independencia de las autoridades militares, podía ser llamado a participar en el proceso como fiscal, lo que le privaba de forma notoria de la debida independencia de las partes.

Igual suerte corrió la alegación del Gobierno británico en la STEDH en el caso Hood contra Reino Unido de 18 de febrero de 1999, negando la condición de "autoridad con funciones judiciales" – a los efectos del artículo 5.3 del CEDH- al

superior jerárquico que entrevistó al detenido. Para el TEDH *"las responsabilidades del jefe de unidad en materia de disciplina y de orden en el seno de su unidad otorgan al acusado una razón añadida para alimentar las dudas legítimas sobre la imparcialidad de este oficial cuando decide acerca de la necesidad de detener a un acusado que depende de su autoridad."* Además, dicho oficial podía participar después en el proceso como fiscal o fiscal adjunto, lo que evidenciaba esa falta de imparcialidad. Esta argumentación sería confirmada en la STEDH en el caso Stephen Jordan contra Reino Unido, de 14 de marzo de 2000.

Por el contrario, el TEDH sí consideró un órgano judicial competente a los efectos del artículo 5.3 del CEDH a un tribunal militar. Si bien ya lo había hecho en las comentadas SSTEDH de los casos De Jong, Baljet y Van den Brink; Duinhof y Duijf; Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe, contra Países Bajos, de 22 de mayo de 1984, en ellas no había entrado a describir el por qué de esa consideración. Sí efectúa ese análisis en su DTEDH en el caso D.v. contra Países Bajos, de 4 de marzo de 1985, indicando que *"el Tribunal Militar se constituye por un presidente y dos militares (artículo 120). El presidente es un civil que debe ser titular de un título universitario de Derecho; es nombrado con carácter vitalicio por la Corona a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y Defensa (artículo 121). Los miembros militares son oficiales nombrados por el comandante general; durante su mandato, cuya duración mínima será de un año, no podrán ser destituidos; deben tener al menos veinticinco años de edad y ser oficiales permanentes (artículo 120).*

[...]

los militares, al asumir el cargo de miembros del Tribunal Militar, prestan juramento de actuar con honestidad e imparcialidad. Es cierto que estos militares siguen obligados por su juramento como oficiales de las Fuerzas Armadas; este último juramento les exige, sin embargo, obedecer la ley, que incluye el Código

Militar y, en particular, su obligación de ser justos, honestos e imparciales como miembros del Tribunal Militar. La relativa estabilidad de la composición del Tribunal Militar, garantizada por el requisito mínimo en cuanto a la duración del mandato de los militares, da más peso a la consideración anterior.

[…]

Las deliberaciones del Tribunal Militar son secretas y sus miembros no pueden hacer públicas sus opiniones personales ni las de sus colegas (artículo 135).”

Aun cuando el TEDH no ha precisado qué requisitos debe reunir esa “autoridad habilitada por la ley” en cuanto a la independencia e imparcialidad, no parece que resulte asimilable al concepto de “tribunal independiente e imparcial” contemplado en el artículo 6.1 del CEDH. Al comentar dicho precepto se analizarán los requisitos que el TEDH ha predicado de los órganos judiciales militares para que puedan tenerse por tales.

Respecto a la cuestión de los plazos, conviene distinguir entre la puesta a disposición ante esa autoridad judicial y, en su caso, el enjuiciamiento posterior. El segundo de estos plazos guarda estrecha relación con el plazo razonable del proceso al que se refiere el artículo 6.1 del CEDH y que se analizará posteriormente. Sin embargo, lo que aquí se plantea es la necesidad de ponderar esa razonabilidad del plazo para celebrar el juicio con el mantenimiento en situación de privación de libertad. En lo relativo a la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial “sin dilación”, se trata de un término impreciso que denota una flexibilidad en su interpretación. Así, como afirma CASADEVALL[90], *“algunas circunstancias excepcionales de imposibilidad material permiten justificar una duración superior, por ejemplo, cuando el lugar de la detención (un barco que se hallaba a cinco mil kilómetros del territorio nacional) se situaba a*

[90] CASADEVALL, J. (2012:256).

varios días de viaje del lugar de policía más próximo, en este caso las islas Canarias (Ver la decisión sobre la admisibilidad en la demanda Rigopoulos c. España, del 12 de enero de 1999).”

Concretamente, en lo que atañe al ámbito castrense, las tan citadas SSTEDH en los casos De Jong, Baljet y Van den Brink; Duinhof y Duijf; Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe, contra Países Bajos, señalan que *[l]a cuestión de la prontitud debe apreciarse en cada caso en función de sus particularidades […] En las circunstancias particulares, incluso teniendo debidamente en cuenta las exigencias de la vida militar y de la justicia militar (véase la sentencia Engel y otros de 8 de junio de 1976, serie A nº 22, pág. 23, párr. 54), el Tribunal considera que los intervalos en cuestión no pueden considerarse compatibles con la "rapidez" requerida.”* No concreta, sin embargo, cuáles son esas particulares exigencias ni por qué no cabe apreciar esa prontitud requerida en el caso concreto. Sí encontramos ese análisis más específico de situaciones puramente militares en la STEDH en el caso Koster contra Países Bajos de 28 de noviembre de 1991, en la que se indica que *“el Tribunal considera que las maniobras en cuestión no justificaron ningún retraso en el procedimiento: como se llevaban a cabo a intervalos periódicos y, por lo tanto, eran previsibles, no impedían en modo alguno que las autoridades militares garantizaran que el Tribunal Militar pudiera reunirse lo suficientemente pronto para cumplir con los requisitos del Convenio, si fuera necesario el sábado o el domingo.”* Es decir, la realización de unas maniobras no se estima motivo suficiente para la demora en la adopción de una resolución judicial sobre la adecuación de la privación de libertad.

Otra resolución referida a esta cuestión, con significación en el ámbito castrense, es la STEDH en el caso Getos-Magdic contra Croacia, de 2 de diciembre de 2010. En ella se analiza la adecuación al Convenio de la detención previa al juicio de una acusada de cometer crímenes de guerra contra la población civil durante el conflicto de la ex Yugoslavia. Esa detención se extendió por un periodo de un año y once meses, distinguiendo el TEDH dos periodos: un primer periodo

de seis meses, en el que se llevó a cabo la instrucción de la causa, y un segundo, de un año y cinco meses, por el que se extendió el enjuiciamiento. En el primer periodo, el TEDH da por admisible el argumento de los tribunales croatas de mantener la privación de libertad por el riesgo existente de que la acusada pudiera manipular las pruebas, particularmente a los testigos. Respecto del segundo periodo, recuerda el TEDH que *"aunque la severidad de la pena a imponer es un elemento relevante para evaluar el riesgo de fuga o reincidencia, la necesidad de mantener la privación de libertad no puede apreciarse desde un punto de vista puramente abstracto, teniendo en cuenta únicamente la gravedad del delito."* Sin embargo, en el caso concreto, el TEDH estima suficientemente justificadas las argumentaciones de los tribunales croatas para la extensión de la privación de libertad durante el juicio, referidas a las particulares circunstancias de gravedad en que se habrían cometidos los delitos (papel desempeñado por la recurrente, durante un extenso periodo de tiempo, por motivos de odio nacional y ejecutados con excepcional brutalidad). En mi opinión, hubiera resultado deseable una mayor concreción de esas circunstancias que justificarían la extensión temporal de la privación.

También la cuestión del alcance que debe otorgarse a esa comparecencia ante las autoridades judiciales ha merecido la atención del TEDH. Es evidente que no puede tratarse de una mera formalidad carente de contenido material, pero que tampoco puede convertirse en un enjuiciamiento sobre el fondo. Así, como afirma CASADEVALL[91] *"[e]l artículo 5.3 no se limita a garantizar la comparecencia del detenido ante una autoridad judicial; requiere que el magistrado ante el cual comparece, le escuche, examine las circunstancias que intervienen en pro o en contra previstas en las legislaciones nacionales que, en tal supuesto, se imponen."* En palabras del propio TEDH en sus sentencias de los casos De Jong, Baljet y Van den Brink; Duinhof y Duijf; Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe, contra Países Bajos: *"El texto del párrafo 3 (art. 5-3) ("se presentará sin demora ante"),*

[91] CASADEVALL, J. (2012:256).

leído a la luz de su objeto y propósito, pone de manifiesto un "requisito procesal" inherente: el "juez" o la "autoridad" judicial debe oír efectivamente al detenido y adoptar la decisión apropiada." Y más detalladamente, la STEDH en el caso Boyle contra Reino Unido de 8 de enero de 2008: *"[e]l requisito de procedimiento impone a la "autoridad" la obligación de oír por sí misma a la persona que comparezca ante ella; el requisito sustantivo le impone la obligación de revisar las circunstancias que militan a favor o en contra de la detención, de decidir, con arreglo a criterios jurídicos, si existen razones que justifiquen la detención y de ordenar la puesta en libertad si no existen tales razones."* De hecho, el TEDH entra a analizar si las razones invocadas por el *commanding officer* para mantener la privación de libertad en este caso fueron adecuadas y justificaban esa medida.

Finalmente, el TEDH ha puesto de manifiesto la diferencia entre esta puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial y la previsión del apartado 4 referida a la existencia de un recurso contra la privación de libertad. Las SSTEDH en los tan nombrados casos De Jong, Baljet y Van den Brink; Duinhof y Duijf; Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe, contra Países Bajos, establecían que *"la garantía dispuesta en el párrafo 4 (art. 5-4) es de un orden diferente y adicional al previsto en el párrafo 3 (art. 5-3)."* La previsión del apartado 3 es únicamente predicable para el supuesto de privación establecido en el apartado 1.c), mientras que la posibilidad de recurso judicial que reconoce el apartado 4 es extensible a cualquier privación de libertad, cualquiera que fuere el motivo en que se ampare.

5. EXISTENCIA DE UN RECURSO SOBRE LA DETENCIÓN.

Para BARJA DE QUIROGA[92], *"[e]l artículo 5.4 da derecho a una persona detenida o presa a emprender las acciones relativas a las normas de procedimiento y de*

[92] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (director) (2018:74 y 75).

fondo esenciales en la "legalidad" de su privación de libertad. La noción de "legalidad" en virtud del párrafo 4 del artículo 5 tiene el mismo significado que en el apartado 1, de manera que la persona detenida o presa tendrá derecho a que se revise la "legalidad" de su detención a la luz no sólo de los requisitos de derecho interno, sino también del Convenio, los principios generales consagrados en el mismo y en la finalidad de las restricciones permitidas por el artículo 5.1. El artículo 5.4 no garantiza el derecho a la revisión judicial de modo que se faculte al Tribunal, sobre el fondo del caso, ni incluye cuestiones de pura oportunidad, para sustituir el criterio de la autoridad en la toma de decisiones." Sin embargo, continúa *"el concepto de legalidad no se limita a cumplir con las exigencias formales establecidas por la ley interna, sino que alcanza también la razonabilidad de la sospecha que motiva la prisión, la legitimidad del propósito que persigue la prisión y la justificación de su continuidad."*

Según GRABENWARTER[93], citando las SSTEDH en los casos De Wilde, Ooms y Verysp contra Bélgica de 18 de junio de 1971, Engel y otros contra Países Bajos de 8 de junio de 1976 y Luberti contra Italia de 23 de febrero de 1984, *"[e]l derecho a la revisión de la legalidad está garantizado en cualquier caso cuando la decisión de privación de libertad de una persona es adoptada por un órgano administrativo".*

Dentro del propósito de este estudio, considero necesario examinar qué tipo de revisiones puede entenderse que cumplen las exigencias del precepto y cuál ha de ser el alcance de esa revisión en el ámbito castrense, en particular si cabe entrar a analizar la vulneración de la disciplina en tanto que elemento justificativo -como se ha visto- de esa privación.

En cuanto a la calificación de un procedimiento revisor como ajustado al precepto, para HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[94] el recurso en cuestión *"debe ser*

[93] GRABENWARTER (2014: 92).

[94] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018:358-360).

ejercitable por el detenido por su propia iniciativa; no debe depender de la iniciativa o la benevolencia de las autoridades." Además *"los procedimientos del artículo 5.4 deben tener un carácter judicial y proveer garantías apropiadas al tipo de la privación de libertad en cuestión".*

La STEDH en el caso Trepashkin contra Rusia nº 2 de 16 de diciembre de 2010 recordaba que *"las circunstancias en las que los tribunales tienen que tomar decisiones, las garantías procesales previstas en el artículo 5.4 no tienen por qué ser las mismas que en el artículo 6.1 del Convenio (véase, por ejemplo, Wassink c. los Países Bajos, 27 de septiembre de 1990, § 33, serie A n.º 185-A). Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal relativa al artículo 6 sólo puede aplicarse mutatis mutandis al examen de las garantías procesales previstas en el artículo 5.4, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del procedimiento de detención."* Dentro de las garantías de este procedimiento HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[95] destacan el carácter contradictorio y la igualdad de armas entre las partes -de los que se hablará al analizar el derecho a un proceso justo-, en la que se incluye la posibilidad del detenido y de su letrado de obtener acceso a aquellas partes del proceso en curso que resulte esencial para la valoración de la legalidad de la detención, incluso cuando tenga un carácter reservado (SSTEDH en los casos García Alva contra Alemania de 13 de febrero de 2001, Nikolova contra Bulgaria [GS], de 2 de marzo de 1999; Chahal contra Reino Unido [GS], de 15 de noviembre de 1996). Así, afirma la STEDH en el caso Galambos contra Hungría, de 21 de julio de 2015, que *"[e]l tribunal que examine un recurso contra la detención debe ofrecer garantías de un procedimiento judicial. El proceso debe ser contradictorio y debe garantizar siempre la "igualdad de armas" entre las partes, el fiscal y la persona detenida."* Esa igualdad de armas puede quebrarse -como sucede en el supuesto analizado por esa STEDH- al impedir al detenido el acceso pleno al expediente relativo a su privación de libertad, por lo que *"la gestión eficaz de la información clasificada durante el*

[95] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018:360-361).

proceso penal, si bien es un objetivo legítimo, no puede perseguirse a expensas de restricciones sustanciales del derecho de defensa del demandante."

Respecto al ámbito estrictamente militar, las SSTEDH en el caso De Jong, Baljet y Van den Brink; caso Duinhof y Duijf y caso Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe, contra Países Bajos, estimaron que no podía estimarse como revisión adecuada a las previsiones del artículo 5.4 del CEDH la prevista por la ley militar neerlandesa en cuanto facultaba a todo militar privado de libertad durante 14 días a dirigirse a un Tribunal militar para que fijase un término en el que el Comandante General debía decidir sobre su puesta en libertad o la continuación de su caso para juicio. Afirmaban que *"[e]l hecho de que este recurso no pudiera ejercerse hasta al menos dos semanas después de la detención impidió que los demandantes pudieran obtener una decisión "rápida", incluso teniendo en cuenta las exigencias de la vida militar y la justicia militar."*

En el ámbito de la UE, la Directiva 2012/13/UE vino a regular el derecho a la información en los procesos penales, previendo en su artículo 7.4 la posibilidad de que el acceso al expediente penal sea judicialmente denegado en determinados supuestos, siempre que no se perjudique con ello la equidad exigible de cada fase procesal. Así, en caso de amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona; también cuando la denegación resulte estrictamente necesaria para defender un interés público significativo, citando en tal sentido el riesgo de perjudicar una investigación en curso o bien de menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado en el que se desarrolla el proceso penal. Esas disposiciones fueron objeto de trasposición a nuestro Derecho interno mediante las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril y 13/2015, de 5 de octubre, que dieron nueva redacción a algunos de los derechos que asisten al investigado (artículo 118 LECr.) y al detenido o preso (artículo 520.2 LECr.), pero que -como es habitual- ignoraron la regulación contenida en la LOPM. Sin embargo, las modificaciones incorporadas dejaron sin precisar suficientemente como debían conciliarse los derechos de defensa y a la igualdad

de armas con los intereses que residen tras la declaración de secreto sumarial, lo que ha propiciado la siguiente doctrina de nuestro TC desde la STC 83/2019, de 17 de junio (luego desarrollada, entre otras, por las SSTC 94/2019 y 95/2019, ambas de 15 julio; 80/2021, de 19 abril; o las más recientes 4/2023, de 20 de febrero y 30/2023 de 17 de abril): *"el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial -en el sentido de sustancial, fundamental o elemental- para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido."* Considero que, pese a las omisiones de la ley rituaria castrense en otros aspectos, se impone que esas precisiones del máximo interprete constitucional -en consonancia con la línea marcada por el TEDH- sean observadas por los órganos judiciales militares, de manera que se lleve a cabo por estos una adecuada ponderación de los intereses a salvaguardar mediante la declaración de secreto sumarial y una efectiva impugnación de la medida privativa de libertad.

La STEDH (GS) en el caso Öcalan contra Turquía, de 12 de mayo de 2005, establece dos aspectos que han de tenerse en cuenta. En primer lugar, *"en ninguna de las resoluciones los tribunales nacionales ordenaron la puesta en libertad del preso, ni siquiera cuando constataron que había expirado el plazo legal o el fiscal no había ordenado que continuara detenido. Se limitaron a remitir a los interesados al juez encargado de la detención preventiva."* Y por otro, *"en ninguno de los procedimientos que dieron lugar a las decisiones citadas por el Gobierno, la persona detenida compareció ante el tribunal. El examen del juez se realizó únicamente sobre el papel a raíz de una solicitud del abogado interesado."* Ambas consideraciones vienen a poner de manifiesto -como ya se señaló- la necesidad de que el control judicial de la privación de libertad ha de ser efectivo, no meramente formal. A este respecto, también resulta relevante recoger lo expuesto en la STEDH en el caso Getos-Magdic contra Croacia, ya citada, cuando afirma que *"[e]l artículo 5.4 no obliga a los Estados partes a establecer un*

segundo nivel de jurisdicción para el examen de las solicitudes de puesta en libertad. No obstante, el Estado que instituya tal sistema debe, en principio, conceder a los detenidos las mismas garantías en apelación que en primera instancia."

GRABENWARTER[96] subraya, además, la necesidad de que se garantice en estos recursos la asistencia legal. *"incluso aunque los Estados no tienen una obligación positiva de asegurar la asistencia legal a los detenidos, tienen la obligación negativa de no dificultar la efectiva asistencia de asesores legales."*

Partiendo de lo anterior, puede cuestionarse si el procedimiento de *habeas corpus* al que hace mención el artículo 60.1 de la LORDFAS[97], resulta adecuado a los fines del artículo 5.4 del CEDH. Esa consideración pareció otorgársele durante la tramitación parlamentaria de la Ley[98]. En mi opinión, la mera referencia a un

[96] GRABENWARTER (2014:95).

[97] Artículo 60.1:

"1. Las sanciones disciplinarias serán inmediatamente ejecutivas y comenzarán a cumplirse el mismo día en que se notifique al infractor la resolución por la que se le imponen, salvo las impuestas por el Comandante de un buque de guerra en la mar, que se podrán diferir hasta la llegada del buque a puerto o en los supuestos previstos en el artículo 40.

Cuando un sancionado sea privado de libertad por imposición de una sanción de arresto, o de una medida cautelar del artículo 31 o provisional del artículo 51, la ejecutividad inmediata de tales sanciones o medidas se entenderá sin perjuicio de que el sancionado pueda instar el procedimiento de «habeas corpus» ante el Juez Togado Militar Territorial competente, de conformidad con el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»."

[98] Al respecto han de recordarse algunas intervenciones con ocasión del debate sobre el dictamen en la Comisión de Defensa del Congreso.

Dª. Irene Lozano Domingo, en representación del Grupo Unión Progreso y Democracia (pág. 4):

"Al hilo de los arrestos y de la inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias conforme al artículo 60, creemos que nos encontramos también con una cuestión de fondo teórico, ya que se antepone a la presunción de inocencia el mantenimiento de la disciplina. Realmente necesitamos mayores explicaciones para esos supuestos en que se produce ese quebranto tan importante a la disciplina como consecuencia de la posible suspensión —como dice el artículo 72— de una sanción privativa de libertad. En este sentido, la transaccional a la que han llegado el Grupo Popular y el Grupo Socialista, enmienda 380, introduce la posibilidad de poder instar el procedimiento de habeas corpus, lo que alivia sin duda para algunos casos la indefensión, pero sigue consintiendo la privación de libertad por vía administrativa, y nosotros

procedimiento -ya existente desde la aprobación de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*- en nada varía el estado de cosas anterior ni supone una superación de la reserva formulada por España al artículo 5 del CEDH, que de hecho ha sido ratificada tras la aprobación de dicha ley disciplinaria (ver notas 49 y 64).

Partiendo de la doctrina establecida por el TC[99], los juzgados togados militares han venido otorgando un alcance restringido al procedimiento de *habeas*

---

pensamos que esto, que supone de hecho una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ya hemos debatido también en otras ocasiones, debería desaparecer de la legislación española."

D. Diego López Garrido por el Grupo Socialista (pág. 9):

"Nosotros en el procedimiento garantizador decimos en el artículo 60 —lo citó anteriormente la señora Lozano, y además lo citó para considerarlo como un elemento positivo— que cuando un sancionado —y es una enmienda que se ha introducido en el texto que venía de parte del Gobierno, el texto sobre la ejecutividad de las sanciones— sea privado de libertad por imposición de una sanción de arresto o de una medida cautelar del artículo 31, o provisional del artículo 51, la ejecutividad inmediata de tales sanciones o medidas se entenderá sin perjuicio, sin perjuicio de que el sancionado pueda instar el procedimiento de habeas corpus ante el juez togado militar territorial competente, de conformidad con la Ley orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus. Es decir, que hay una intervención judicial inmediata, si así lo quiere la persona que ha sido arrestada, que ha sido privada o que ha visto restringida su libertad, y esto nos parece que es poner de manifiesto de una forma muy visible que esta intervención judicial es inmediata también, y por tanto la ejecutividad de la sanción se ve afectada por la posibilidad para el sancionado de acudir inmediatamente a un procedimiento de habeas corpus. Nos parece que es una intervención judicial que era necesario establecer a los efectos —a los que luego me referiré para terminar— del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

[...]

Todo esto conduce en última instancia al tema de la reserva que España tiene al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en los artículos 5 y 6, como consecuencia de tener un régimen disciplinario militar que prevé privaciones de libertad en donde no hay una suficiente intervención judicial. Con estas redacciones que hemos acordado nosotros entendemos que esas reservas son y deben ser retiradas. A este respecto el acuerdo al que hemos llegado con el Partido Popular, apoyado también por Convergència i Unió en este informe de la ponencia, es que el artículo concreto, la disposición adicional sexta del proyecto, que decía que hay que enviar a Estrasburgo una reserva sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, desaparece del proyecto y ya no hay obstáculos para que se retire esa reserva en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Me parece que este es un avance también muy importante, en absoluto un retroceso, el que se ha dado respecto del proyecto de ley"

https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-582.PDF#page=2 (consultado 22 de septiembre de 2023)

[99] Señala la STC 208/2000, de 24 de julio: *"...de la regulación legal del procedimiento de "habeas corpus" se desprende, en una delimitación conceptual negativa, que no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre la eventual comisión de un delito de detención ilegal.*

corpus y a su labor de control a través del mismo, limitándose a la verificación de las condiciones formales para la adopción de la privación de libertad (competencia del órgano sancionador, duración temporal, observancia del procedimiento legalmente previsto,…), pero sin adentrarse en el control de la resolución disciplinaria que determina el arresto[100]. Debe tenerse en cuenta que no nos hallamos –como ya ha quedado expuesto- ante privaciones de libertad acordadas por un órgano judicial que pudieran incardinarse en los supuestos a) o c) del artículo 5.1 del CEDH y que difícilmente pueden considerarse como subsumibles en la letra b) de ese mismo precepto. Los arrestos del ámbito castrense, a diferencia de lo que sucede con las restantes privaciones de libertad adoptadas por autoridades administrativas, no tienen un carácter cautelar o el propósito de hacer cumplir una orden judicial, sino que constituyen una privación de libertad anudada al incumplimiento de una ley, pero impuesta, con carácter inmediatamente ejecutivo, por una autoridad administrativa. Bajo estas

---

[…]

se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la legalidad de una privación de libertad no acordada por órganos judiciales. El Juez del "habeas corpus" no tiene por misión revisar el acto administrativo, lo que corresponderá a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, sino la conformidad a Derecho de esa situación de privación de libertad. Expresado en otros términos, hemos afirmado que en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del "habeas corpus" dictar la primera, en tanto que los Tribunales de lo contencioso ostentan la última y definitiva palabra (STC 12/1994, de 17 de enero). Pero lógicamente esta separación de funciones no exonera totalmente a dicho Juez del "habeas corpus" de su obligación de analizar, si bien de modo provisional, el presupuesto material que justifica la medida que implica una carencia de libertad (SSTC 12/1994, F. 6; 232/1999 F. 3).”

[100] Dicha afirmación se formula atendiendo a la experiencia profesional del autor, toda vez que los autos por los que los órganos judiciales militares resuelven procedimientos de *habeas corpus* no resultan accesibles.

No obstante, valga como ejemplo lo expuesto en la sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo nº 01/2013 de 17 de enero (ECLI:ES:TMT:2013:27), en la que, tras citar la referida STC 208/2000 se afirma: *“…la revisión que se realiza por el Juez Togado no equivale a la que se realiza por el órgano con competencia para resolver en el ámbito administrativo y se limita a un examen inicial en busca de defectos tan evidentes que determinen la vulneración de garantías constitucionales.”* O lo recogido en los Antecedentes de Hecho de la sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero nº 05/2021 de 10 de febrero (ECLI:ES:TMT:2021:79): *“el Juzgado Togado Militar Territorial Nº 11 en funciones de guardia de Madrid, que tras la tramitación correspondiente acordó: «Desestimar y archivar el presente procedimiento de habeas corpus instado por la Soldado Sonia en interés de ella misma, declarándose conforme a derecho la privación de libertad que el arresto impuesto supone, sin que ello suponga prejuzgar, al no ser competencia del Juez habeas corpus, sobre la adecuación y/o corrección del mismo.»”*

consideraciones, considero que un mero análisis de las condiciones formales para la adopción de ese arresto no puede calificarse de recurso judicial suficiente a los efectos del artículo 5.4 del CEDH.

6. EL DERECHO A LA REPARACIÓN DE LAS DETENCIONES ILEGALES Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO CASTRENSE

Señala BARJA DE QUIROGA[101], trascribiendo la STEDH en el caso Pezone contra Italia, de 18 de diciembre de 2003, que: *"el párrafo 5 del artículo 5 se respeta desde el momento en que se puede solicitar reparación por una privación de libertad ocurrida en condiciones contrarias a los párrafos 1, 2, 3 o 4 del Convenio (Wassink contra Países Bajos, sentencia de 27 de septiembre de 1990, serie A nº 185-A, página 14, §38; Tsirlis y Koulumpas contra Grecia, sentencia de 29 de mayo de 1997, Recueil de sentencias y decisiones 1997-III, nº 38, página 925, §5). El derecho a una reparación exige, por lo tanto, que una vulneración de esos párrafos se haya declarado por una autoridad nacional o por este mismo Tribunal."* Por su parte la STEDH en el caso Brogan y otros contra Reino Unido, de 29 de noviembre de 1988, rechazó que la ilegalidad del arresto o detención a la que hace referencia el artículo 5.5 del CEDH debiera interpretarse únicamente a la luz del Derecho interno ya que *"una interpretación tan restrictiva es incompatible con los términos del apartado 5 (art. 5-5), que se refiere a la detención o encarcelamiento «contraviniendo las disposiciones del presente artículo»."*

Un caso particularmente significativo en esta materia, relativo al ámbito castrense, es el resuelto por la STEDH en el caso Tsirlis y Kouloumpas contra Grecia de 29 de mayo de 1997. Se trata de dos ministros de culto de los Testigos de Jehová que solicitan la exención del servicio militar obligatorio al existir una ley

[101] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (director) (2018:77).

griega que contempla tal exención para los ministros de culto de religiones conocidas. La Administración helena niega la exención por no considerar esa confesión como religión conocida y les recluta para prestar el servicio militar. Al tiempo que impugnan esa denegación, los recurrentes comparecen en sus centros de instrucción, pero se niegan a vestir el uniforme, lo que motiva una prisión preventiva y la posterior condena de un tribunal militar por insubordinación. El Tribunal Supremo Administrativo finalmente declara la procedencia de la exención y, en consecuencia, un tribunal militar de apelación revoca las condenas, pero considera que la privación de libertad no merece indemnización por haber sido impuesta adecuadamente y deberse a la propia "imprudencia grave" de los señores Tsirlis y Kouloumpas. Sin embargo, para el TEDH la falta de posibilidad de ser indemnizados por las autoridades nacionales constituye una infracción del artículo 5.5 del CEDH.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que regule de forma específica un procedimiento para el resarcimiento de las privaciones de libertad declaradas contrarias a Derecho. Únicamente el artículo 294 de la LOPJ contempla, dentro del Título relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, la posibilidad de resarcimiento en los casos de prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento por inexistencia del hecho imputado, precepto que, precisamente, mereció la condena a España por parte del TEDH[102] -cuestión en la que se ahondará al estudiar la presunción de inocencia proclamada en el artículo 6.2 del CEDH-. Habría que acudir, por tanto, a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, regulada en las Leyes 39/2015 y 40/2015, ambas de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público, respectivamente.

[102] SSTEDH en los casos Puig Panella, de 25 de abril de 2006; caso Tendam, de 13 de julio de 2010 y caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España, de 16 de febrero de 2016.

En el ámbito castrense, la actual LORDFAS introdujo una previsión relativa a la cuantificación de la indemnización procedente en el caso de que una medida cautelar o provisional[103] de arresto venga sucedida de una declaración de ausencia de responsabilidad disciplinaria o de la imposición de una sanción de la misma naturaleza, pero de menor duración. En ambos casos la Ley prevé una indemnización por la cuantía del importe fijado para la dieta en territorio nacional. La Sala V, por vía jurisprudencial ha extendido ese sistema resarcitorio a los supuestos en que una sanción disciplinaria de arresto es anulada en la vía judicial. Así, señala la STS (Sala V) de 29 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2685) que *"el mecanismo compensatorio establecido en los artículos 31.3 y 51.3 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas debe aplicarse también a los supuestos de revocación en sentencia de resoluciones que hubieren impuesto sanciones privativas de libertad, pese a que el demandante no haya pretendido de forma expresa el resarcimiento de los daños morales derivados de la ejecución del arresto indebidamente sufrido, pues en dichos preceptos (previstos para los supuestos de arrestos preventivos que finalmente no son confirmados o se declaran excesivos) se establece la indemnización de manera claramente imperativa o mecánica lo que, por evidentes razones de igualdad (artículo 9.2 y 14 de la Constitución), debe determinar su aplicación en los supuestos de arrestos impuestos tras la tramitación del correspondiente expediente disciplinario y que posteriormente son anulados judicialmente."*

Sin embargo, a mi juicio, tal regulación resulta desafortunada. En primer lugar, como ya se señalase durante el debate parlamentario de la Ley[104], por

[103] Las previstas en los artículos 31 y 51, transcritos y comentados en la nota 76.

[104] Señalaba al respecto Dª. Irene Lozano Domingo, en representación del Grupo Unión Progreso y Democracia, con ocasión del debate sobre el dictamen en la Comisión de Defensa del Congreso (pág. 4):

"¿cómo se reestablece el daño moral causado por esa privación de libertad en caso de ganar el correspondiente recurso? ¿Cuánto vale el día de arresto de un militar? Según el artículo 31 de este proyecto, el importe de un día de privación de libertad equivale a un día de dietas. Nosotros pensamos que

asimilar la valoración de un día de privación de libertad con un día de un empleado público fuera de su residencia por motivos profesionales. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, porque ello supone otorgar una valoración diferente al daño derivado de tal arresto indebido según cual sea el empleo militar del perjudicado, toda vez que las dietas en territorio nacional a las que remite el precepto están normativamente clasificadas en tres grupos (según Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio), que en el ámbito de las Fuerzas Armadas corresponden a los oficiales generales (grupo 1), oficiales y suboficiales (grupo 2) y tropa y marinería (grupo 3). De esa forma el arresto indebido de un soldado merece menor indemnización que el de un oficial por la simple consideración del empleo militar. Finalmente, y como más significativo, porque según el artículo 32.2 de la LRJSP[105], el daño que resulta indemnizable por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración es únicamente aquel que –junto a otros requisitos- resulta individualizable con relación a una persona o grupo de personas. A mi modo de ver, si individualizable ha de ser el daño, individualizable habrá de ser la reparación del mismo, de manera que una cosa es establecer baremos o criterios orientativos para lograr una cierta uniformidad en esa individualización y otra bien distinta fijar una cuantía legalmente tasada que, ni permite atender a la individualización del daño ni resulta acorde con la igualdad ante la ley[106].

---

privar a una persona de libertad no se puede equiparar a mandarla de viaje, señorías, y que esta equiparación refleja bastante el espíritu con el que se ha abordado la redacción de esta ley."

https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-582.PDF#page=2 (consultado el 21 de octubre de 2023).

[105] Artículo 32.2: *"En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"*

[106] La necesidad de que la indemnización fijada en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración atienda a una total indemnidad del daño ocasionado resulta reiteradamente proclamada en la jurisprudencia de la Sala III del TS (por todas, SSTS (Sala III), de 3 de diciembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:8109- o STS (Sala III) de 14 de mayo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:1062-), así como que la aplicación de baremos a efectos de calcular las indemnizaciones procedentes *"en modo alguno podrían comportar el automatismo en la determinación de las indemnizaciones, como decía la sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010) "no son vinculantes y solo tienen un carácter*

Afirma la STEDH en el caso Tsvetkova y otros Rusia, de 10 de abril de 2018, que *"el Tribunal reitera también que un derecho a indemnización que fije niveles de indemnización por los daños sufridos tan bajos que ya no resulten "vigentes" no cumpliría los requisitos del artículo 5§5 (véase Cumber c. Reino Unido, nº 28779/95, decisión de la Comisión de 27 de noviembre de 1996). En el caso Novoselov c. Rusia (dec.), nº 66460/01, de 16 de octubre de 2003, el Tribunal declaró que, según los criterios paneuropeos, una indemnización de aproximadamente 120 euros por diez días de detención administrativa ilegal podría resultar baja. Sin embargo, dado que en términos domésticos dicha cantidad equivalía a un salario mensual de un trabajador cualificado, el Tribunal consideró que no podía decirse que la indemnización en cuestión fuera tan baja como insignificante, sobre todo teniendo en cuenta que la redacción del artículo 5§5 no exigía que la indemnización sea de una cuantía específica."* Se alude también en esa resolución a la STEDH en el caso Ganea contra Moldavia, de 17 de mayo de 2011, en la que se establecía que una indemnización de 63 euros por tres días de detención ilegal resultaba significativamente inferior a las cantidades concedidas por el Tribunal en casos similares, considerando por ello que se había violado el artículo 5.5 del CEDH.

En relación con lo expuesto anteriormente, ha de mencionarse que el importe de la dieta diaria en territorio nacional de un oficial o suboficial es de 103,37 euros, siendo de 77,13 euros para el personal de tropa y marinería (cuantías cuya última revisión data de 2005). La STS (Sala III) de 24 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2203) expone la doctrina seguida por el Alto Tribunal en relación con la cuantificación de las indemnizaciones por prisión provisional seguidas de falta de condena, expresando: *"hemos declarado en relación con la determinación del quantum indemnizatorio en las sentencias a que se ha hecho referencia y, en concreto, que "este Tribunal Supremo ha tratado de desarrollar*

---

meramente orientativo" (en el mismo sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, recurso de casación 2441/2010)" (STS (Sala III) de 28 de septiembre de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:3105]).

jurisprudencialmente este precepto, estableciendo «pautas que sirvan de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y evitar desigualdades en la indemnizabilidad de los referidos perjuicios». En primer lugar, se han identificado los diversos daños que puede comportar la prisión indebida: «a cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar». En algunas sentencias, hemos declarado que no sólo la indemnización ha de aumentar cuanto mayor sea el tiempo que duró la privación indebida de la libertad, sino que ha de hacerlo a una tasa creciente: la indemnización ha de ser progresiva, «dado que la prolongación indebida de la prisión agrava gradualmente el perjuicio». En tercer lugar, hemos señalado que son relevantes «las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en la personalidad o conducta del que la hubiese padecido».

Por su parte el TEDH afirma que deben valorarse otras circunstancias, como el lucro cesante, es decir, los ingresos que la persona tenía y ha perdido durante ese tiempo; o, más en general, los efectos económicos gravosos que haya tenido para esa persona la permanencia en prisión durante ese período; o también la duración de la prisión preventiva en ese caso; si ha enfermado física o mentalmente con motivo de su ingreso; cuáles eran sus condiciones físicas o mentales durante el ingreso que hacían su estancia en prisión aún más gravosa; existencia de personas a su cargo fuera de prisión; hijos menores, etc.."” Tales argumentos apoyan lo expuesto acerca de la improcedencia de la rigidez indemnizatoria establecida en la LORDFAS. Sin embargo, ha de indicarse que, con aplicación de tales criterios, las indemnizaciones fijadas por el TS en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por prisión provisional

resultan sustancialmente inferiores a las establecidas en dicha Ley castrense, incluso en el caso de la tropa y marinería profesional[107].

[107] Sirvan como términos de comparación las SSTS (Sala III) de 20 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4276) que fijó una indemnización de 3.000 € para un supuesto base de privación de libertad de 461 días; la de 22 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2991), sobre la base de una privación de libertad de 2 años, 7 meses y 5 días, establece una indemnización de 40.000 €; la de 19 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1906), reconoce 7.000 € con prisión preventiva de 202 días; y la de 20 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2632) viene a confirmar la indemnización de 10.000 € en un caso de 501 días de privación de libertad.

CAPÍTULO III

EL ARTÍCULO 6: DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y GARANTÍAS DEL PROCESO EN EL CEDH. SUS MANIFESTACIONES EN EL ÁMBITO MILITAR

SUMARIO: 1. El ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH respecto a los militares. 2. El derecho de acceso a un tribunal y su incidencia en el ámbito castrense. 3. El derecho a un proceso equitativo, público y en un plazo razonable. 4. La predeterminación legal del juez. 5. La independencia e imparcialidad de los órganos judiciales militares. 6. La presunción de inocencia en los procesos militares a la luz de la jurisprudencia del TEDH. 7. Las garantías procesales del artículo 6.3 del CEDH.

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CEDH RESPECTO A LOS MILITARES.

1.1. Los militares como titulares del derecho al proceso justo del artículo 6.1 del CEDH.

De forma análoga a lo expuesto en el capítulo I respecto al ámbito general de aplicación del CEDH, el artículo 6 del CEDH no establece ninguna limitación de carácter subjetivo relativa a su aplicación. Sus tres apartados emplean sujetos equivalentes en términos de generalidad al referirse a “toda persona” o “todo acusado”, lo que induce a pensar que ninguna restricción ha de imponerse a los militares en el ejercicio de los derechos aquí reconocidos en virtud de su

específico estatuto jurídico. Sin embargo, el precepto contempla dos conjuntos de derechos que, aunque referidos a un mismo ámbito, presentan una dimensión diferente, pues junto a derechos subjetivos reconocidos a quienes resultan acusados en un proceso penal (apartados 2 y 3), se reconocen una serie de garantías de marcado carácter orgánico, en el sentido de incidir en la configuración de los órganos judiciales y establecer para ellos una serie de exigencias. Como señala CIRO MILIONE[108], *"el Art. 6 CEDH no está pensado para ser aplicado exclusivamente en el ámbito procesal-penalista –aunque esta materia goce de un tratamiento más detallado- ya que debe ser interpretado y aplicado en el sentido más amplio posible: es decir, el catálogo de derechos y garantías del Art. 6 se refiere a toda actividad jurisdiccional que se desarrolle en cualquiera de los Estados…".* Para OVEJERO PUENTE[109], *"en principio todas las personas que se encuentren sometidas al poder del estado tienen derecho a un juicio justo, en defensa de sus intereses legítimos."* Considerando que el derecho queda reconocido tanto a personas físicas como jurídicas.

El TEDH ha tenido ocasión de enjuiciar la validez de diversas restricciones a este derecho. Así, en su STEDH en el caso Lawless contra Irlanda (nº 3), de 1 de julio de 1961, estableció que el derecho a un juicio justo no podía restringirse -como pretendía el gobierno irlandés amparándose en el artículo 17 del CEDH[110]- ni tan siquiera a aquellos que rechazan el Estado de derecho. Señalaba al respecto que *"a juicio del Tribunal, el propósito del artículo 17 (art. 17), en la medida en que se refiere a grupos o individuos, es hacer imposible que se derive*

[108] MILIONE, C. (2015) *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, p. 56.

[109] OVEJERO PUENTE, A.M. (2019) *El derecho al juicio justo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, p. 98.

[110] Artículo 17 del CEDH: *"Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo."*

del Convenio el derecho a emprender cualquier actividad o realizar cualquier acto destinado a destruir cualquiera de los derechos y libertades proclamados en el Convenio; que, por consiguiente, nadie puede invocar las disposiciones del Convenio para realizar actos destinados a destruir los derechos y libertades antes mencionados; que esta disposición, de alcance negativo, no puede interpretarse a contrario sensu en el sentido de que priva a una persona física de los derechos individuales fundamentales garantizados por los artículos 5 y 6 (art. 5 y art. 6) del Convenio". Sin embargo, el TEDH terminaría por desestimar la demanda de vulneración de los artículos 5 y 6 del CEDH al considerar que las medidas del gobierno irlandés en la lucha contra el IRA podían entenderse amparadas en el artículo 15 del CEDH[111].

En lo atinente a las personas jurídicas, el reconocimiento de las mismas como titulares del derecho del artículo 6.1 del CEDH lleva a cuestionar las restricciones a la legitimación de las asociaciones profesionales militares para el acceso a un proceso justo en defensa de sus intereses legítimos. Sin perjuicio de lo que luego se expondrá con respecto a la aplicación del artículo 6.1 a los procesos administrativos referidos a empleados públicos, resulta incuestionable que si los derechos nacionales dan cobertura legal al asociacionismo militar como medio de defensa colectiva de sus intereses, no pueden negar el derecho de tales asociaciones a acceder a un proceso justo para la defensa de los mismos.

---

[111] Artículo 15 del CEDH: *"1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del derecho internacional.*

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación."

1.2. La compatibilidad de las jurisdicciones militares con el CEDH y la concreción de su ámbito de actuación.

Abordado el ámbito subjetivo de aplicación del precepto respecto a los militares, surge en ese contexto la cuestión de si las exigencias establecidas resultan compatibles con la configuración por los Estados miembros de jurisdicciones militares y en qué medida puede incidir tal naturaleza militar en la consideración de las garantías en él previstas.

La respuesta pasa en primer lugar por conceptuar el término "jurisdicción militar". No se trata de extenderse aquí en una disquisición sobre la cuestión, sino en determinar un punto de partida a la hora de analizar -bajo el prisma de la jurisprudencia del TEDH- la compatibilidad de esa especial jurisdicción con el CEDH y la delimitación de su ámbito competencial. Pese a la inabarcable bibliografía referida a la extensión competencial de los tribunales militares[112], no he hallado ninguna definición del término en relación a su consideración orgánica, más allá de estudios de Derecho comparado entre distintos sistemas de justicia militar-. Las definiciones que encontramos ponen el foco en el aspecto de las atribuciones de dicha jurisdicción. Así, JIMÉNEZ VILLAREJO[113] señala que *"[l]a justicia militar sería, pues, la propia de un "cuerpo", netamente diferenciado dentro del conjunto social en que coexistirían, rígidamente jerarquizados y sólo relativamente cohesionados, una pluralidad de grupos y estamentos"*. Esa falta de definición es también expresada en el Informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas por parte de la Relatora Especial sobre la independencia de

[112] Por citar parte de la consultada: GUTIÉRREZ, J. C. y CANTÚ, S. (2010) "La Restricción a la Jurisdicción Militar en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos", *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos,* V. 7 Nº 13, pp. 75-97. OUELLETTE, J. A. (2014) "In The Field" A Legal Analysis of Military Jurisdiction Over Civilian Contractors Accompanying the Armed Forces During a Contingency Operation for Offenses Committed Outside of an Area of Actual Fighting, *National Security Law Brief,* 4, Nº 2, pp. 21-41. ANDREU-GUZMÁN, F. (2004) *Military Jurisdiction and international law. Courts and Gross Human Rights Violations, Vol. 1*, International Commission of Jurists.

[113] JIMENEZ VILLAREJO, J. (1989) "Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar", *Revista Española de Derecho Militar,* Nº 53, p. 12.

los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, en agosto de 2013[114], si bien establece una clara distinción entre los modelos del sistema angloamericano y los del europeo continental.

Según la jurisprudencia del TEDH, un «tribunal» se caracteriza, en el sentido material, por su papel jurisdiccional: *"le corresponde decidir, sobre la base de normas jurídicas y conforme a un procedimiento preestablecido, toda cuestión dependiente de su competencia"*[115]. A estas notas, añade GRABENWARTER[116] -siguiendo la doctrina del propio TEDH- que *"el órgano debe ser competente para adoptar una decisión vinculante para las partes, para establecer los hechos del caso y aplicar las disposiciones legales a los mismos [...] Finalmente, la decisión de un tribunal no puede ser alterada por una autoridad no judicial en detrimento de una de las partes".* Se trata de definiciones muy próximas a la seguida en el ámbito de las Naciones Unidas[117]. Como señala SÁNCHEZ MUÑOZ[118], *"[n]o es, pues, relevante para el TEDH que el órgano juzgador forme parte del poder judicial del Estado. [...] El TEDH opera con un concepto material, no formal, según el cual lo que hace que un tribunal se tal es su función jurisdiccional."*

[114] https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/421/32/PDF/N1342132.pdf?OpenElement

[115] STEDH en el caso Sramek contra Austria, de 22 de octubre de 1984, ap. 36. En el mismo sentido, STEDH en el caso Campbell y Fell contra Reino Unido, de 28 de junio de 1984, ap. 76.

[116] GRABENWARTER, C. (2014: 114).

[117] El párrafo 35 del referido Informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas por parte de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, en agosto de 2013, señala: *"En los párrafos 18 y 19 de su observación general 32, el Comité de Derechos Humanos consideró que el concepto de tribunal competente, independiente e imparcial y establecido por la ley mencionado en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a un órgano, cualquiera que sea su denominación, creado por ley e independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuaciones de carácter judicial."*

[118] SÁNCHEZ MUÑOZ, O. (2019) "El derecho a un tribunal independiente e imparcial" en MATIA PORTILLA, F.J. Y DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (directores) *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 19-62.

Bajo estas premisas el TEDH, como veremos a continuación, parece considerar como tribunales militares todos aquellos que total o parcialmente se integran por miembros de las Fuerzas Armadas, lo cual -no obstante su aparente obviedad- no resulta baladí, pues permite una concreción del objeto de análisis.

Hecha esta consideración, existen diversas SSTEDH que se han pronunciado favorablemente sobre la compatibilidad del artículo 6 con la existencia de jurisdicciones militares y así, en su STEDH en el caso Feti Demirtas contra Turquía, de 17 de enero de 2012 (ap. 118), manifiesta que *"el Convenio no prohíbe que los tribunales militares resuelvan sobre acusaciones en materia penal contra miembros de personal del ejército, a condición de que sean respetadas las garantías de independencia y de imparcialidad previstas en el artículo 6.1 (SSTEDH de 26 de febrero de 2002, Morris contra Reino Unido, ap. 59; 16 de diciembre de 2003, Cooper contra Reino Unido [GS], ap. 106; y 10 de febrero de 2004, Önen contra Turquía [dec.])".* Concretamente, la primera de las sentencias citadas en esta transcripción -caso Morris contra Reino Unido-, hace tal afirmación tras señalar que *"la práctica de emplear tribunales compuestos en su mayoría o en parte por militares para el enjuiciamiento de los miembros de sus Fuerzas Armadas está profundamente arraigada en los sistemas legales de algunos de los estados miembros"*.

Es decir, el TEDH -de forma lógica- va a valorar la compatibilidad de los órganos jurisdiccionales con el CEDH, no por la denominación que a los mismos se le otorgue, ni por la condición que ostenten sus miembros, sino por la observancia de las garantías que el propio CEDH exige. Pero, además, las mencionadas sentencias hacen referencia a dos elementos para la configuración de estas jurisdicciones militares: uno que podemos considerar objetivo y otro subjetivo. El primero vendría referido a la circunscripción de esa jurisdicción militar al conocimiento de acusaciones en materia penal, lo que conduce a la necesaria conceptuación de dicha materia -como veremos posteriormente- y al

planteamiento de si puede reputarse admisible la existencia de tribunales militares a los que se encomiende el enjuiciamiento de cuestiones que, aun relacionadas con la actuación de las Fuerzas Armadas o el estatuto de sus miembros, presentan una naturaleza marcadamente administrativa. En cuanto al elemento que consideramos subjetivo, habla el TEDH del enjuiciamiento de personal de las Fuerzas Armadas, lo que suscita la cuestión de si resulta posible el sometimiento a tribunales militares del conocimiento de delitos cometidos por personal que no ostente dicha condición, a lo que tratará de darse respuesta en otro de los puntos de este capítulo.

1.3. Concreción de la materia penal a efectos de aplicación del artículo 6 del CEDH y su deslinde de la materia disciplinaria en el ámbito castrense.

El artículo 6.1 del CEDH resulta invocable, atendida su literalidad, por cualquier persona respecto a "*los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella"*[119]. La determinación de qué ha de entenderse por "acusación en materia penal" resulta, por ello, una cuestión de primer orden y, en el concreto ámbito relativo a los derechos de los militares, se enfrenta a la constante dificultad de deslindar entre lo penal y lo disciplinario[120]. El problema planteado

[119] Expresión del artículo 6.1 del CEDH del texto en español que fue publicado en el BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979, que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 96.1 de la CE y 1.5 del CC, forma parte de nuestro ordenamiento interno.

[120]Apuntando meramente aquí esta cuestión del deslinde entre lo penal y lo disciplinario en el ámbito castrense, señala FERNÁNDEZ MUIÑOS (FERNÁNDEZ MUIÑOS, B. (1999) "El cambio normativo en el derecho disciplinario militar"*, Boletín de Información*, Nº 258, pp. 69-71) que *"Ésta es una cuestión que todavía sigue abierta, y ha sido objeto de polémica en nuestra doctrina, tanto científica como jurisprudencial. Para Rojas Caro tal doctrina aparece dividida en dos sectores. De un lado se encuentran los autores que opinan que entre ambas infracciones existe una diferencia cualitativa, y de otro los que sólo reconocen entre ellas una diferencia de tipo cuantitativo.*

Los defensores de la «teoría cualitativa» mantienen que ambas infracciones son autónomas e independientes entre sí. Dentro de esta teoría existen varias matizaciones en cuanto al elemento diferenciador:

a) Para unos el injusto penal es material pues ataca a bienes jurídicos, mientras que el administrativo es formal porque simplemente ataca una disposición normativa.

se extiende a la aplicabilidad de las garantías establecidas en los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH, pues aunque los textos en español se refieren, respectivamente, a *"[t]oda persona acusada de una infracción"* y *"[t]odo acusado"*, el texto oficial en inglés contiene en ambos apartados la expresión *"[e]veryone charged with a criminal offence"*, lo que lleva a plantear si tales garantías son predicables únicamente de procesos penales o también en el ámbito administrativo sancionador.

Las diferencias entre los distintos sistemas procesales de los Estados miembros del Consejo de Europa obligan a que el análisis de esta cuestión por parte del TEDH sea marcadamente casuístico, tratando de establecer, para cada supuesto concreto planteado, si se trata de una *"acusación en materia penal"*. Así, ya la STEDH del caso Neumeister contra Austria, de 27 de junio de 1968, establecía, respecto a la consideración de los recursos frente a la prisión preventiva, que *"[c]on independencia del excesivo alcance que se atribuye al concepto de "derechos de carácter civil", cuyos límites ha intentado fijar la*

---

b) Otros consideran que la diferencia radica en que mientras en el injusto penal existe efectivamente una lesión o un peligro inmediato y real para un bien jurídico, en el administrativo sólo existe un peligro o una posibilidad de peligro.

c) Por último encontramos el grupo de autores que señalan que el injusto penal protege bienes jurídicos y el administrativo sólo intereses administrativos.

[...]

Sin embargo, la mayoría de la doctrina mantiene la «teoría cuantitativa» conforme a la cual los injustos penal y administrativo son sustancialmente iguales, siendo la gravedad el único criterio diferenciador". Y cita el imprescindible trabajo de MOZO SEOANE en esta materia (MOZO SEOANE, A. (1992) "Sobre la naturaleza del derecho disciplinario. Referencia especial al derecho disciplinario militar", *Cuadernos de Derecho Judicial,* Nº 4 (La jurisdicción militar), Consejo General del Poder Judicial, p. 296) como uno de los exponentes de esa «teoría cuantitativa» cuando señala que: *"La diferencia radica únicamente en el distinto desvalor social de que aparecen revestidos, reservándose los de mayor desvalorización al ámbito penal. Pero las sanciones en ambos casos son manifestaciones del mismo poder punitivo del Estado, entre ellas sólo hay diferencias de grado: en general más gravosas y con un plus infamante las de orden penal".*

Sobre esta cuestión pueden consultarse también: MOZO SEOANE, A. (1988) "Ilícito penal e ilícito disciplinarlo en el Derecho militar" en BLECUA FRAGA, R. *et alt. Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid: Civitas, pp. 184-ss; ROJAS CARO. J. (1990) *Derecho disciplinario militar,* Madrid: Tecnos, pp. 30-34; JIMENEZ JIMENEZ, F. (1987) *Introducción al Derecho Penal Militar*, Madrid: Civitas, pp. 61-75.

Comisión en varias ocasiones, se debe observar que los recursos sobre la prisión preventiva pertenecen indiscutiblemente al ámbito de la Ley penal y que el texto de la disposición invocada ha limitado expresamente la exigencia de un proceso justo al que se refiere a los fundamentos de la acusación, que es evidentemente ajeno a los recursos de que se trata". Bajo estas premisas, entendía el TEDH que tales recursos debían sustanciarse ante un órgano judicial por imperativo del artículo 5.4 del CEDH, pero no necesariamente con las garantías establecidas en el artículo 6 del CEDH por no tratarse de una cuestión referida a la "acusación en materia penal".

Partiendo de ese obligado casuismo, entrando a analizar más específicamente nuestro objeto de estudio, el complejo deslinde entre la materia penal y disciplinaria en el ámbito castrense venía ya discutiéndose por parte de la doctrina europea[121] y pronto se puso de manifiesto para el TEDH, que ya en la citada sentencia del caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976 (ver nota 45), hubo de abordar la cuestión. En lo que aquí interesa, sus párrafos 80 a 85 comienzan por hacer una referencia a la común distinción por los Estados miembros entre sanciones penales y disciplinarias, caracterizada por una menor severidad de las segundas que, además, no figuran como antecedentes penales y entrañan consecuencias más limitadas, pero que, por el contrario, se rodean de menores garantías en su imposición. Partiendo de esa distinción, se cuestiona si la misma determina la exclusión en la aplicación de las garantías del CEDH respecto de las sanciones disciplinarias, destacando la dificultad de su resolución *"cuando una acción u omisión se analiza según el derecho interno del Estado que lo considera como una infracción mixta, a la vez penal y disciplinaria, y existe, pues, para ella una posibilidad de optar o incluso acumular el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario"*.

[121] Ya con anterioridad a la sentencia Engel, LO CASCIO, M. (1958) *Diritto Penale Militare,* Milán, A. Giuffrè*;* BACHELET y MAGGIORE; GILISEN, *Evolución actual de la justicia militar*. Actualmente en: NOLTE, G. (2003) *European Military Law systems,* Berlín, De Gruyter Recht; LAWRENCE J. MORRIS (2010) *Military justice. A guide to the issues.* Westport, CT: Praeger Security International.

En este orden de cosas, establece que *"[e]l Convenio permite sin ninguna duda a los Estados, en el cumplimiento de su función de guardianes del interés público, mantener o establecer una distinción entre el derecho penal y el derecho disciplinario, así como fijar sus límites, pero solamente bajo ciertas condiciones".* Les permite, por ende, *"tipificar como infracción penal una acción u omisión que no constituya el ejercicio normal de uno de los derechos que protege; ello se deduce especialmente del artículo 7",* quedando dicha tipificación –que conlleva la aplicación de los artículos 6 y 7 del CEDH- fuera del ámbito de control del TEDH. Pero continúa afirmando que *"[l]a elección inversa, por su parte, obedece a reglas más estrictas",* pues de otro modo el sometimiento a las reglas de los artículos 6 y 7 quedaría al albur de los propios Estados parte, de ahí que el TEDH tenga competencia para valorar la calificación de una conducta como disciplinaria e incluso la aplicación, en caso de infracciones "mixtas", del procedimiento disciplinario con preferencia al penal.

En relación con el concreto ámbito castrense, la sentencia parte de la consideración, según la técnica jurídica del Estado demandado, de la norma que prevé la infracción, estimando que *"[s]i un militar es sancionado por una acción u omisión que habría transgredido una norma jurídica reguladora del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, el Estado puede en principio utilizar contra él el derecho disciplinario antes que el penal".* Pero tal criterio es sólo un punto de partida, pues *"sería meramente ilusorio* –refiriéndose al control del TEDH- *si no tomase igualmente en consideración el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado. En una sociedad sujeta a la preeminencia del derecho, son "materia penal" las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante".* Parece así acoger una tesis de carácter cuantitativo, considerando, con base en tales argumentos, como materia penal las acusaciones dirigidas por el Estado neerlandés contra algunos de los demandantes en las que, aun

aplicando normas disciplinarias militares, podía llegar a imponerse la sanción de traslado a unidad disciplinaria por tiempo de tres a seis meses[122]. Y ello por cuanto dicha sanción podía igualmente imponerse como pena complementaria en el Derecho Penal Militar y, además, suponía no abandonar el establecimiento durante, al menos, un mes. No consideraba, sin embargo, pena privativa de libertad -ni en consecuencia "materia penal"-, los procedimientos que derivaban en la imposición de los denominados arrestos agravados, arrestos severos ni arrestos leves[123].

---

[122] Señala el apartado 21 de la sentencia: *"La ejecución en ese momento constituía la más severa forma de sanción disciplinaria, el traslado a unidad disciplinaria, aplicable solamente a soldados, se regía por los artículos 18 y 19 de la Ley de 1903. Esta sanción consistía en someter al infractor a una disciplina más estricta que la normal mediante su envío a un establecimiento especialmente dedicado a ese fin (artículo 18). De acuerdo con el artículo 19, el servicio en unidad disciplinaria era impuesto por un periodo, fijado en el momento de ser dictada la sanción, de tres a seis meses. En este único aspecto existe diferencia con la condena a una unidad de castigo, pena supletoria que, regulada por el artículo 27 del Código Penal Militar, podía ser impuesta a un militar, en el seno de procedimientos penales, por un periodo de tres a dos años.*

El traslado a unidad disciplinaria, cuando era impuesto al final del servicio militar, generalmente retrasaba el regreso del soldado a la vida civil. Su ejecución estaba regulada por Decreto de 14 de junio de 1971, que se refiere tanto a la condena a una unidad de castigo como, en principio (artículo 57), al traslado a una unidad disciplinaria. Los sujetos a estas sanciones eran separados de su propia unidad y destinados en un grupo especial, separado; sus movimientos están restringidos y llevan a cabo su servicio militar bajo constante supervisión y poniendo un énfasis especial en su educación (artículos 17, 18 y 20).

Las unidades estaban divididas en tres secciones. Los infractores, como regla general, pasaban treinta días en cada una de las dos primeras, pero estos periodos pueden ser prolongados o acortados de acuerdo con su conducta (artículos 26 y 27). En la medida que fuera posible, pasaban las noches separados unos de otros (artículo 28). En la primera sección se les permite recibir visita de dos veces al mes y estudiar fuera de las horas de trabajo (artículo 29). En la segunda gozan además de un cierto grado de libertad de movimientos sábados y domingos y, al menos dos veces a la semana, pueden visitar la cantina y salas de ocio en las noches después del trabajo (artículo 30). En la tercera el régimen es bastante menos estricto (artículo 31)."

[123] Señalan los apartados 18 a 20 de la sentencia:

"18. La ejecución del arresto leve estaba regulada, por el artículo 8:

"El arresto leve se llevará a cabo:

A. Por los oficiales:

1. En tierra: en sus domicilios, tiendas o barracones o, cuando se encuentren de acampada, en lugar designado por el oficial-jefe.

B. Por los suboficiales y clases de tropa:

Por tanto, *"[l]a primera cuestión que hay que resolver es si el texto que define las infracciones litigiosas pertenece, según la técnica jurídica nacional, al Derecho Penal, al Derecho Disciplinario o a los dos a la vez".* En segundo lugar, *"la misma naturaleza de la infracción es un factor de lo más importante",* incluyéndose aquí cuestiones tales como la gravedad de la infracción o el ámbito

---

1. En tierra: en sus barracones, bases o domicilios o, cuando se encuentren de maniobras, en campamentos de acampada, en el lugar designado por el oficial-jefe.

2. Los militares sometidos a arresto leve no están excluidos de sus deberes."

Los efectos de esta determinación eran que cualquier militar bajo arresto leve, independientemente de su rango, debía normalmente permanecer en su domicilio fuera de las horas de trabajo si vivía fuera del campamento; caso contrario, se verían confinados a los barracones.

Los oficiales y suboficiales normalmente vivían fuera, mientras que los soldados rasos eran obligados normalmente a vivir en el campamento. En la práctica, los soldados rasos gozan durante cierto tiempo de libertad de movimientos por la tarde y noche, entre las 5 y las l2, –y en los fines de semana. Frecuentemente hacen uso de este derecho para estar con sus familias, pero esto no significa que no estén obligados a vivir en el, campamento.

Los soldados, a diferencia de los oficiales y suboficiales, no estaban facultados normalmente para cumplir el arresto leve en su domicilio y, por consiguiente, perdían el privilegio de volver con su familia fuera de las horas de servicio. A los soldados que se les permitía vivir fuera del campamento se les situaba bajo la misma tesitura: de acuerdo con el artículo 123 del Reglamento de Servicios Internos en el Ejército Real el permiso es suspendido, entre otras ocasiones, en el caso de arresto disciplinario, aunque, no obstante, esta previsión contraria a la Ley de 1903 desapareció en 1974.

Un militar bajo arresto leve en el campamento está facultado para recibir visitas, correspondencia y para usar el teléfono y puede moverse libremente por el campamento fuera de las horas de trabajo, estando capacitado, por ejemplo, para acudir al cine del campamento, a la cantina y gozar de otras facilidades de recreo.

19. La ejecución del arresto agravado, que se aplica únicamente a los suboficiales y soldados, se halla regulado por el artículo 9 de la Ley de 1903. Los afectados por ella continúan realizando sus trabajos ordinarios, pero durante el resto del tiempo deben permanecer en compañía de otros militares sujetos al mismo castigo, en lugar especialmente designado, aunque no cerrado con llave.

El infractor puede recibir visitas si tiene el permiso escrito del comandante de la compañía. A diferencia de las personas sometidas a arresto leve, no pueden moverse libremente por el campamento ni visitar el cine, la cantina o las salas de ocio. En la medida que sea posible, los soldados rasos deben ser separados de sus compañeros durante la noche.

20. La ejecución del arresto estricto está regulada por el artículo 10 de la Ley de 1903. El grado de arresto, que cubre tanto el tiempo de trabajo como el tiempo libre, era cumplido por los oficiales de manera idéntica a la del arresto leve, lo que normalmente les permitía estar en el domicilio, mientras que los suboficiales y clase de tropa estaban encerrados en calabozos. Todos los grados estaban excluidos del cumplimiento de sus deberes ordinarios."

en el que la misma se produce[124]. Y finalmente, de resultar insuficientes los criterios anteriores, ha de valorarse *"[l]a naturaleza y la gravedad de la sanción a la que se expuso el demandante".* Esta triple valoración resulta reiterada posteriormente en sentencias aplicables a otros ámbitos en los que, al igual que sucede en el ámbito castrense, resultan difusos los contornos de lo penal y lo disciplinario[125], Como señala GRABENWARTER[126] estos criterios no son cumulativos y *"[g]eneralmente, es suficiente si una conducta es calificada como penal en la legislación interna o si es considerada de carácter penal atendiendo a su naturaleza y a la vista de su ámbito objetivo de aplicación y sus consecuencias legales. Sin embargo, hay una interrelación entre el segundo y el tercer criterio, que en ciertos casos requiere una consideración cumulativa, en particular cuando un examen aislado de los dos criterios no arroja claros resultados".*

Esta cuestión fue objeto de análisis por el TEDH en atención al recurso formulado por un español[127], a pesar de la ya referida reserva formulada por el Estado español en el momento de depositar el instrumento de Ratificación del CEDH a los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las

[124] Señala MORENO TRAPIELLA (MORENO TRAPIELLA, P. (2013) "La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento administrativo sancionador"*, Revista Española de Derecho Administrativo,* Nº 157, pp. 49-84) que *"una parte de la doctrina y la jurisprudencia española considera que del conjunto de la jurisprudencia del TEDH, Engel (militares), Campbell y Fell (presos), cabe deducir que el TEDH acoge la categoría relaciones de sujeción especial, categoría que autoriza o legitimaría la limitación de los derechos fundamentales de los sujetos pertenecientes a ella".*

Convengo en su conclusión de que la jurisprudencia del TEDH no ha construido la distinción entre "materia penal" y materia no penal atendiendo a la dicotomía relaciones de sujeción especial-relaciones de sujeción general, sino que únicamente utiliza, como uno de los tres criterios mencionados, el de la naturaleza de la infracción, donde cabe analizar el ámbito en el que la infracción se produce, pero no en el sentido de excluir de la materia penal las relaciones de especial sujeción, sino más bien en la relevancia que dicho ámbito pueda suponer para la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos.

[125] Entre otras, SSTEDH en los casos Campbell y Fell contra Reino Unido, de 28 de junio de 1984; y Öztürk contra Alemania, de 21 febrero de 1984.

[126] GRABENWARTER, C. (2014: 111).

[127] Caso Camacho López-Escobar contra España. DTEDH de inadmisión de 20 de mayo de 2003.

disposiciones del entonces vigente Código de Justicia Militar sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (ver notas 49, 64 y 65).

El coronel Camacho López-Escobar fue sancionado, conforme a la entonces vigente Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 1985[128], con un arresto de un mes y quince días como autor de una falta grave disciplinaria, al haber realizado manifestaciones a través de los medios de comunicación criticando determinados ceses de funciones de varios agentes del entonces Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) vinculados con escándalos políticos en la actuación de dicho Centro. El TEDH, antes de entrar en la valoración del recurso, analiza la aplicabilidad del artículo 6 al caso, en la medida en que pueda ser considerado como "materia penal". Reiterando lo expuesto en la sentencia del caso Engel, parte de la posible aplicación del Derecho Disciplinario y consiguiente exclusión de las garantías del artículo 6 del CEDH cuando se trata de la trasgresión por militares de normas que rigen el funcionamiento de las Fuerzas Armadas siempre que, imponiéndose sanciones privativas de libertad, su propia naturaleza, duración y modalidades de ejecución no puedan causar una lesión importante. En el caso concreto, el TEDH considera que no procede aplicar el artículo 6 al encontrarnos ante una sanción de arresto de cuarenta y cinco días que, por su modo de ejecución, no le causó lesiones de tal importancia que pueda asimilarse a la "materia penal". Para alcanzar tal conclusión argumenta que dicha sanción se cumplió en una base del Ejército del Aire español y no en un establecimiento disciplinario específico; en ella el arrestado tenía derecho a desplazarse por su interior con entera libertad, podía utilizar el uniforme correspondiente a su cuerpo y empleo, recibir diariamente -en las salas previstas para ello- a su familia u otras personas, podía recibir publicaciones y mantener correspondencia por escrito sin límite alguno y ello dentro del respeto al secreto de la correspondencia. En cuanto a las actividades, podía realizar actividades de

[128] Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre.

formación militar general, instrucción táctica y técnica, y actividades físicas, sin que dichas actividades tuvieran carácter aflictivo o fuesen aplicadas como medidas de corrección. Por otro lado, durante el tiempo libre, podía realizar actividades complementarias de tipo cultural, deportivo y recreativo. Disponía de servicios sanitarios y de higiene y, además, podía comprar artículos autorizados en el seno del Establecimiento y asistir a los actos religiosos celebrados en la Unidad. En casos excepcionales, podía tener derecho a una autorización extraordinaria de salida por el jefe del Establecimiento.

Como ya quedó expuesto al analizar el artículo 5 del CEDH, no considero que pueda trivializarse una privación de libertad ni que las condiciones de la vida militar puedan servir de argumento para sostener que una pena de esa naturaleza no es de una suficiente gravedad porque no limita en demasía esas condiciones. Una sanción privativa de libertad ha de entenderse, a mi juicio, como propia de una materia penal a los efectos de aplicación del artículo 6 del CEDH en todo caso pues se trata de la constricción de un derecho fundamental. Además, se trata de la pena de mayor gravedad que contempla el propio Derecho Penal, siendo la similitud entre sanciones disciplinarias y las impuestas en procesos penales uno de los criterios establecidos por la sentencia Engel para la consideración de la "materia penal"[129].

Parece que lo que llevó al TEDH a no considerar el supuesto como materia penal fueron unas específicas circunstancias del caso concreto referidas al lugar y condiciones de la ejecución de la sanción –en particular su cumplimiento en una base militar, en lugar de en un establecimiento disciplinario-. A la vista de ello cabría preguntarse –omitiendo hipotéticamente la reserva española al CEDH-, si la ejecución de los arrestos impuestos por faltas disciplinarias de carácter grave o muy grave, efectuada en la forma prevista en la vigente ley disciplinaria militar -

[129] Vid. apartado 85 de dicha STEDH.

Ley Orgánica 8/2014[130]- permite la calificación del régimen disciplinario castrense español actual, en tales supuestos, como "materia penal" a los efectos de exigir la observancia de las garantías del artículo 6 del CEDH. En primer lugar, de la literalidad del texto legal no se desprende la flexibilidad en la ejecución de estos arrestos que al parecer concurrió en el caso del coronel Camacho López-Escobar, pues tal sanción consiste en *"internamiento en un establecimiento disciplinario militar",* sin que ello parezca implicar la libertad de desplazamiento de la que habla la sentencia comentada. Los concretos términos de ejecución de tales arrestos vienen establecidos en diversas disposiciones reglamentarias[131] en las que se regulan aspectos tales como los regímenes de las comunicaciones orales, telefónicas o escritas que pueden mantener los sancionados o las actividades generales y complementarias -de tipo cultural, deportivo y recreativo- que deben desarrollar los mismos, bien con carácter voluntario u obligatorio. A la misma conclusión de negar el carácter de "materia penal" llegó la DTEDH en el caso Brandão Ferreiro contra Portugal de 28 de septiembre de 2000[132], en el que

[130] Establece su artículo 16 respecto a los mismos que: *"1. El arresto de quince a sesenta días consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga dicha sanción. El militar sancionado no participará en las actividades de la unidad durante el tiempo de este arresto.*

2. Cuando concurrieren circunstancias justificadas y no se causare perjuicio a la disciplina, podrá acordarse el internamiento en otro establecimiento militar en las mismas condiciones de privación de libertad, salvo lo dispuesto en el artículo 60.

3. No producirá cambio en la situación administrativa del sancionado."

[131] Orden 97/1993, de 30 de septiembre, por la que se aprueban las Instrucciones de Régimen Interior de los Establecimientos Disciplinarios Militares; Orden 73/2005, de 11 de mayo, por la que se determina la implantación territorial y la utilización conjunta de los Establecimientos Disciplinarios Militares; Resolución 24/2000, de 7 de febrero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se aprueba la «Instrucción sobre Composición y Dimensionamiento de los Establecimientos Disciplinarios Militares».

[132] En esta resolución se concluye por el TEDH: *"En el presente supuesto, el recurrente fue sometido a cinco días de detención, mientras el máximo que pudo ser impuesto era sólo de diez días. Sin embargo, en opinión del Tribunal, esa pena no supuso una privación de libertad, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento Disciplinario Militar, el recurrente no fue encerrado durante la duración de la sanción, sino que continuó atendiendo sus obligaciones militares como era habitual. La sanción impuesta al recurrente fue, por tanto, similar al régimen de un "arresto simple" considerado en el caso Engel, en el cual el Tribunal consideró que el artículo 6 del Convenio no era aplicable.*

la sanción fue de arresto de 5 días compatible con el desempeño de sus funciones profesionales.

Esa catalogación de los supuestos sancionados con penas privativas de libertad resulta consolidada en la doctrina del TEDH. Entre otras, la STEDH (GS) en el caso Sergey Zolotukhin contra Rusia, de 10 de febrero de 2009, afirma que *"en una sociedad que suscribe el Estado de derecho, donde la pena que puede imponerse efectivamente a un demandante implica la pérdida de libertad, existe la presunción de que los cargos contra el demandante son "penales", presunción que puede refutarse de manera totalmente excepcional, y sólo si la privación de libertad no puede considerarse "sensiblemente perjudicial" dada su naturaleza, duración o modo de ejecución".*

En mi opinión, el hecho de que durante tal arresto el sancionado pueda recibir visitas, comunicaciones escritas o telefónicas o realizar actividades recreativas -aspectos todos ellos compartidos con los internos en establecimientos penitenciarios por imposición de sanciones penales- no excluye, a mi juicio, esa naturaleza privativa de libertad. Además, debe tenerse en cuenta, como afirma la citada sentencia en el caso Sergey Zolotukhin contra Rusia que *"respecto al grado de severidad de la medida, se determina en función de la máxima sanción potencial prevista por la legislación en cuestión. La sanción efectiva impuesta es pertinente para la determinación, pero no puede disminuir la importancia de lo que estaba inicialmente en juego."* Por tanto, podrá establecerse una distinción entre penas y sanciones disciplinarias si, aun consistiendo ambas en una privación de libertad en un establecimiento, las condiciones de ejecución de las mismas difieren sustancialmente, por ejemplo, en cuestiones de mayor flexibilización de visitas, salidas, comunicaciones, etc. Y ello

---

En conclusión, la naturaleza y severidad de la sanción impuesta al recurrente no eran tales como para que pueda ser calificada como una sanción "penal" al objeto del artículo 6 del Convenio. Ese precepto es, por lo tanto, no aplicable en su dimensión penal y el recurrente no ha efectuado alegaciones respecto a la violación de algún derecho civil en el presente caso".

partiendo de los términos establecidos en las normas reguladoras de sanciones administrativas y penales, no de lo acaecido en un supuesto de hecho concreto, pues no se trata ahora de la conculcación del CEDH que pueda suponer la ejecución de la pena en sí, sino de la entidad de dicha pena al objeto de establecer la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH por la consideración del supuesto como "materia penal".

De hecho, el TEDH no se había mostrado tan laxo en otros supuestos –aunque referidos a otros ámbitos- para establecer la sumisión a las garantías del artículo 6 del CEDH. Y así, en el caso Schmautzer contra Austria (STEDH de 23 de octubre de 1995), en el que el recurrente había sido sancionado con una multa económica, con ingreso en prisión en caso de impago, por el hecho de no llevar puesto el cinturón de seguridad en su vehículo, el TEDH señala que *"pese a que las infracciones en cuestión y el procedimiento seguido en el caso se incluyen en la esfera administrativa, son sin embargo de naturaleza penal. Esto se refleja además en la terminología empleada. Así, las leyes austriacas se refieren a infracciones administrativas (Verwaltungsstraftaten) y procedimiento administrativo penal (Verwaltungsstrafverfahren). Además, la multa impuesta al recurrente era acompañada de una orden de ingreso en prisión en el caso de falta de pago (ver párrafo 10 anterior). Estas consideraciones son suficientes para establecer que la infracción de la que el recurrente fue acusado debe ser calificada como "penal" a los efectos del Convenio. En consecuencia el artículo 6 es aplicable".* O en el caso Malige contra Francia (STEDH de 23 de septiembre de 1998), en el que el recurrente había sido sancionado igualmente por una infracción de tráfico que llevaba aparejada pérdida de puntos del permiso de conducir, estableciendo el TEDH: *"En cuanto al grado de gravedad, el Tribunal señala que la retirada de puntos puede terminar en la pérdida de validez del permiso de conducir. Ahora bien, es indiscutible que el derecho a conducir un vehículo a motor es de gran utilidad para la vida corriente y el ejercicio de una actividad profesional. El Tribunal, al igual que la Comisión, deduce de ello que,*

aunque la medida de retirada presenta un carácter preventivo, reviste además un carácter punitivo y disuasivo y se parece por tanto a una pena accesoria. La voluntad del legislador de disociar la sanción de retirada de puntos de las demás penas pronunciadas por el Juez penal no puede cambiar su naturaleza".

Atendiendo a la STEDH en el caso Bell contra Reino Unido, de 16 de enero de 2007, el criterio respecto a las sanciones disciplinarias castrenses se centra en la consideración o no de privación de libertad que las mismas merezcan en atención a las particulares condiciones de vida castrense. En esta sentencia se enjuiciaba el caso de un soldado sancionado con arresto de siete días y accesoriamente la pérdida de retribuciones por el mismo periodo por dirigirse a un superior en términos irrespetuosos. Señala que *"[n]o se discute, y el Tribunal considera, que el confinamiento del recurrente en una celda cerrada de un batallón es una privación de libertad. En cuanto estaba expuesto a una privación de libertad y de hecho fue impuesta al recurrente, había una presunción de que los cargos en su contra eran "penales", presunción que podría ser refutada excepcionalmente y sólo si su privación de libertad no pudiera ser considerada como "claramente perjudicial" atendiendo a su naturaleza, duración o modo de ejecución".* Tal consideración se lleva a cabo atendiendo a la doctrina establecida en otras SSTEDH, como la propia del caso Engel, o en los casos Jordan contra Reino Unido, de 14 de marzo de 2000 y Ezeh y Connors también contra Reino Unido (GS), de 9 de octubre de 2003.

La más reciente DTEDH en el caso R.S. contra Alemania, de 28 de marzo de 2017, en la que se analiza el recurso de un soldado del Ejército alemán frente a una sanción disciplinaria por consumo de drogas, avanza en la línea de delimitar la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH en el ámbito disciplinario castrense. El TEDH considera que *"la sanción en la que el recurrente podía incurrir -fundamentalmente una prohibición de ascenso y una deducción de retribuciones- era más indulgente que una separación de las Fuerzas Armadas e incluso tal*

sanción no sería considerada como penal a los efectos del artículo 6.1 del Convenio[133]*".* Sin embargo -anticipándonos a lo que se verá a continuación-, la resolución considera que desde una perspectiva civil debe aplicarse el artículo 6, dada la presunción de aplicabilidad del mismo a los procesos laborales y administrativos, incluyéndose los procesos de índole disciplinaria.

Esta evolución de la jurisprudencia del TEDH muestra que el régimen disciplinario militar español actualmente vigente quedaría sometido a la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio de no ser por las reservas formuladas por nuestro país. En él existen sanciones que constituyen evidentes privaciones de libertad, a cumplir en establecimientos específicos, incluso en una celda o lugar similar[134], y que pueden alcanzar una duración de sesenta días (o hasta cuatro meses en caso de concurrencia de varias sanciones[135]). Considero que también deberían estimarse como materia penal a los efectos del artículo 6 del CEDH aquellas infracciones susceptibles de otras sanciones asimilables a penas contempladas en el Código Penal[136] Así, en las DDTEDH de los casos Rosa

[133] Así las DDTEDH en los casos Suküt contra Turquía, de 11 de septiembre de 2007; y Tepeli y otros contra Turquía, de 11 de septiembre de 2001.

[134] Interpretando *a sensu contrario* lo establecido en el artículo 15 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que, respecto de los arrestos por falta leve, dispone *"…Esta restricción de libertad implica que el lugar del cumplimiento no puede ser una celda o similar."* De hecho, la frase de ese artículo 15 transcrita parece atender a la analizada jurisprudencia del TEDH sobre la materia, como se pone de manifiesto en la tramitación parlamentaria de la Ley (vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados -Comisiones- de 4 de junio de 2014, p. 2 a 12).

[135] Artículo 62 Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: *"Concurrencia de sanciones.*

Cuando concurran varias sanciones y no sea posible su cumplimiento simultáneo se llevará a cabo en el orden en que fueron impuestas, excepto los arrestos que se cumplirán con preferencia a las demás y entre ellos por orden de mayor a menor gravedad. Si la suma de los arrestos excede de cuatro meses no se cumplirá el tiempo que sobrepase dicho límite."

[136] Así, en mi opinión, las sanciones de baja en el centro docente militar de formación, suspensión de empleo, separación del servicio y resolución del compromiso, contempladas en los artículos 18 a 21 de la ley disciplinaria militar y también en los artículos 12 y 13 de la ley disciplinaria de la Guardia Civil –respecto de la suspensión y separación-, resultan asimilables en sus efectos a las penas de pérdida de empleo y suspensión militar de empleo que se describen en los artículos 17 y 18 del CPM.

Recuerda, de 2 de diciembre de 1991, y Benavent Díaz, de 30 de enero de 2017, ambos contra España, se inadmitía el recurso formulado frente a arrestos impuestos en aplicación de las leyes disciplinarias militares aplicables, respectivamente las Leyes Orgánicas 5/1985 y 8/1998. En ninguna de ellas el TEDH fundó su inadmisión en la falta de naturaleza penal de la medida acordada, sino en la referida reserva formulada por España. Esa posición del Estado español resulta aislada en el contexto del Consejo de Europa[137] y puede suponer un cuestionamiento en lo que se refiere a la observancia por nuestro país de los derechos fundamentales que el CEDH proclama.

1.4. La definición de "litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil" en relación con la jurisdicción militar. Las competencias de los denominados tribunales administrativos militares.

Analizado el concepto de "materia penal" a los efectos de aplicación del artículo 6 del CEDH, resulta necesario concretar también qué hemos de entender por *"litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil",* a los que se refiere el primer apartado de dicho precepto. La cuestión puede incidir en dos aspectos dentro del estatuto jurídico de los militares. De una parte, porque dentro de dicho concepto cabe incluir -atendiendo a la jurisprudencia del TEDH- cuestiones que en nuestro ordenamiento y en el de otros Estados partes se insertan en el marco del Derecho Administrativo, entre las que pueden concebirse cuestiones referidas al estatuto jurídico de los militares que, de este modo, se verían amparadas por las garantías que emanan del artículo 6 del CEDH. Y, en segundo lugar, por cuanto,

[137] El número de países que mantiene reservas similares a la española en relación al artículo 6 del CEDH es incluso inferior que respecto al artículo 5; se reduce a Azerbaiyán, República Checa, Francia y Eslovaquia. (https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=6&territoires=&codeNature=0&codePays=&numSte=005&enVigueur=true&ddateDebut=05-05-1949&ddateStatus=04-17-2024)

Tal y como se expuso en la nota 95, durante la tramitación parlamentaria de la vigente Ley disciplinaria militar, uno de los miembros de la ponencia indicaba en el debate de la Comisión la posibilidad de que las reservas al CEDH fueran retiradas al estimar que el nuevo texto legal respetaba las previsiones del CEDH, pero lo cierto es que se produjo la renovación de la reserva.

en ocasiones, los tribunales militares –en la acepción que anteriormente hemos establecido- extienden su conocimiento a las impugnaciones que puedan formularse frente a actuaciones de naturaleza administrativa emanadas de las propias Fuerzas Armadas o del Ministerio de Defensa, ya sean relativas al estatuto de los propios militares o a cuestiones que afecten a los ciudadanos. Ambas perspectivas se encontrarán interconectadas, pues, de un lado, se trataría de las garantías que resultan aplicables a esos procesos administrativo-militares y, de otro, las que han de predicarse de los que podemos denominar tribunales administrativos militares con competencia, generalmente, en ese ámbito estatutario castrense.

1.4.1. Evolución del concepto de "litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil" en la jurisprudencia del TEDH.

Respecto a la concreción de la expresión *"derechos y obligaciones de carácter civil"*, ya la STEDH en el caso Ringeisen contra Austria, de 16 de julio de 1971, analizó la sumisión a las exigencias del artículo 6.1 del CEDH de una resolución adoptada por un órgano colegiado de naturaleza administrativa que determinaba la viabilidad de una transacción privada. Afirma en su apartado 94: *"Para que el artículo 6.1 sea de aplicación a un litigio, no es necesario que, como han admitido la mayoría de la Comisión y el Gobierno, las dos partes en el procedimiento sean personas privadas. El tenor del artículo 6.1, es mucho más amplio; los términos franceses "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil" cubren todo procedimiento cuyo resultado sea determinante para derechos y obligaciones de carácter privado. El texto inglés, "determination of (...) civil rights and obligations", confirma esta interpretación".* Y termina: *"Aunque estuvieran aplicando normas de derecho administrativo, la decisión de la Comisión Regional resultaba determinante para las relaciones de carácter civil entre Ringeisen y el matrimonio Roth. Esto es suficiente para que el TEDH haya de determinar si los procedimientos seguidos en este caso respondieron a las*

exigencias del artículo 6.1 del Convenio". Es decir, de esta resolución cabe deducir que lo determinante a la hora de establecer la necesidad de observancia del artículo 6.1 del CEDH no es la naturaleza del órgano decisor o del derecho aplicable, sino la incidencia del pronunciamiento a dictar en la esfera de derechos y obligaciones de los individuos.

Por su parte, la STEDH en el caso König contra Alemania, de 28 de junio de 1978, señala que *"el considerar o no a un derecho como civil con la significación de esta expresión en el CEDH, debe determinarse en referencia al contenido sustantivo y a los efectos de ese derecho según la legislación interna del Estado respectivo y no a su clasificación legal. En el ejercicio de sus funciones supervisoras, el TEDH también deberá tomar en consideración el objeto y propósito del Convenio y de los sistemas legales nacionales de los otros Estados parte".* El Gobierno alemán defendía que el artículo 6.1 debía aplicarse a los litigios referidos al derecho privado en su sentido tradicional, es decir a los casos entre individuos o de individuos con el Estado cuando éste actúa como sujeto de Derecho Privado, pero no cuando se trata de litigios de personas frente al Estado y éste actúa en ejercicio de su soberanía. Sin embargo –invocando lo ya establecido en el caso Ringeisen-, el TEDH considera que lo determinante no es si el Estado actúa como individuo o en uso de potestades soberanas, sino que únicamente el carácter del derecho afectado resulta relevante, lo que habrá de analizarse en el caso concreto.

En la STEDH en el caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica, de 23 de junio de 1981, reitera nuevamente lo ya afirmado en los casos comentados y al entrar a analizar las circunstancias del caso concreto[138]

[138] Se trata de un caso en que un Consejo Provincial de la *Ordre des médecins* belga impuso a tres médicos sendas sanciones por mala praxis, ordenando su suspensión para el ejercicio profesional. Dichas sanciones serían primeramente apeladas ante un Consejo de Apelación y posteriormente recurridas ante el Tribunal de Casación. Mientras los recurrentes alegan que se trata de un litigio relativo a derechos civiles, ya que el procedimiento seguido resultó decisivo para el derecho a continuar en el ejercicio de su profesión –derecho que ya había sido calificado como civil por el TEDH en su sentencia König contra Alemania-, el Gobierno belga sostiene que las decisiones de los Consejos Provincial y de Apelación tenían un efecto

manifiesta que no resulta suficiente, a los efectos de aplicación del artículo 6.1 del CEDH, que el litigio en cuestión presente una tenue conexión o unas consecuencias remotas para tales derechos, el objeto del litigio debe venir constituido por derechos y obligaciones de carácter civil y el resultado del procedimiento debe ser directamente determinante para tales derechos. Sin embargo, señala que *"A diferencia de otras sanciones disciplinarias que pudieran haber sido impuestas a los recurrentes (advertencia, censura y amonestación –apartado 32 supra–), la suspensión que denuncian los recurrentes indudablemente constituye una injerencia directa y sustancial en el ejercicio del derecho a continuar ejerciendo la profesión médica. El hecho de que la suspensión fuera temporal no impide su afectación a ese derecho* […]*; en los "litigios" a los que se refiere el artículo 6.1, la debida existencia de un derecho "civil", será, desde luego, lo que esté en juego, pero también el ámbito de tal derecho o el modo en el cual su titular pueda hacer viable el mismo".*

De forma más específica respecto a los derechos derivados de la condición de empleado público, en las SSTEDH en los casos Francesco Lombardo contra Italia, de 26 de noviembre de 1992[139] y Massa contra Italia, de 24 de agosto de 1993[140], el TEDH establece que *"si bien los litigios referidos al ingreso, carrera profesional y finalización del servicio de los empleados públicos se encuentran por regla general excluidos del ámbito del artículo 6.1, la intervención del Estado por medio de legislación estatutaria o delegada no ha impedido que el Tribunal*

indirecto en la cuestión y que, a diferencia de los tribunales administrativos alemanes en el caso König, no revisaron la legalidad de una anterior medida suspensiva del ejercicio profesional, sino que su función era acreditar la efectiva concurrencia de las infracciones de las reglas de conducta profesional que motivaron las sanciones disciplinarias. El "litigio" sobre el derecho a continuar ejerciendo la profesión médica habría surgido, si acaso, en un estadio ulterior, cuando los doctores Le Compte, Van Leuven y De Meyere recurrieron ante el Tribunal de Casación la legalidad de las medidas que les fueron impuestas.

[139] Analiza la procedencia de una reclamación de pensión incrementada por parte de un miembro de los Carabinieri que sostenía que la invalidez que provocaba su baja para el servicio se había producido como consecuencia de este.

[140] Se refiere a la revisión de una pensión solicitada por un antiguo oficial del Ejército tras la muerte de su mujer maestra.

haya concluido en varios casos que el derecho en cuestión era un derecho civil". Y concluye estimando la existencia de un derecho civil y, por ende, la aplicabilidad del artículo 6.1 del CEDH sobre la base de que en tales supuestos *"el Estado no está haciendo uso de facultades discrecionales*[141] *y sería comparable, a estos efectos, a un empleado que es parte en un contrato laboral regido por la legislación privada".*

Bajo estas premisas, posteriormente, en la STEDH en el caso Niegel contra Francia, de 17 de marzo de 1997, se rechaza la aplicación del artículo 6.1 del CEDH al caso de una funcionaria que solicitaba la reincorporación a su puesto, pues se trata -dice el TEDH- de una cuestión referida a la finalización del servicio y no cabe apreciar la existencia de un derecho de carácter civil en relación a las cantidades reclamadas, pues las mismas derivan de una cuestión excluida como es la mencionada finalización de la relación funcionarial.

Lo hasta aquí expuesto arroja un doble criterio para determinar la aplicabilidad del artículo 6.1 del CEDH en litigios dirigidos por empleados públicos contra la Administración: el análisis del derecho implicado (sin atender meramente a la clasificación del órgano competente para su enjuiciamiento o a la naturaleza de la legislación aplicable); y la existencia de una incidencia directa en un derecho individual, excluyéndose las que deriven del ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.

[141] Con tal afirmación el TEDH parece amparar el control limitado de la discrecionalidad administrativa cuya superación constituye, indudablemente, uno de los procesos -posiblemente aun inacabado- ínsito a la evolución misma del Derecho Administrativo europeo.

Sobre el particular existe una copiosa doctrina, por ejemplo: MOZO SEOANE, A. (2018), *La atribución legal de discrecionalidad. En torno a la discrecionalidad valorativa,* Madrid: Reus; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (1991) *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid: Cívitas; BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. (dir.) (2003) Constitución y control de la actividad administrativa, *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 12, pp. 83-124; BACIGALUPO SAGGESE, M. (1997) *La discrecionalidad administrativa: (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución),* Madrid: Marcial Pons; SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994) *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid: Tecnos.

Sin embargo, la STEDH en el caso Pellegrin contra Francia, de 8 de diciembre de 1999, supondría un punto de inflexión en la cuestión. Recuerda los casos comentados de Massa y Lombardo contra Italia y Niegel contra Francia y la directa o indirecta relación con el ingreso, la carrera o la finalización del servicio de los funcionarios públicos como criterio de determinación de la aplicabilidad del artículo 6.1 del CEDH. Señala también que *"de acuerdo con otras sentencias, el artículo 6.1 CEDH se aplica cuando la reclamación en cuestión se refiere a un derecho "puramente económico", tales como pago de salarios* […] *o "esencialmente económico"* […] *y no se cuestionan principalmente "las facultades discrecionales de las autoridades".* La sentencia critica el evidente margen de discrecionalidad que encierran los conceptos de "puramente" o "esencialmente", existiendo intereses económicos subyacentes en no pocos procedimientos judiciales instados por funcionarios. Tampoco el criterio de incidencia en el medio de subsistencia del recurrente[142] resulta definitivo en todos los supuestos. Por ello, la pretensión del TEDH -señala- es *"poner fin a la incertidumbre que rodea la aplicación de las garantías del artículo 6.1 en los litigios entre los Estados y sus empleados".* Establece un nuevo criterio de carácter funcional basado en la naturaleza de los cometidos y responsabilidades públicos, que considera que debe aplicarse restrictivamente en atención al propósito del CEDH. Así, *"en el sector público de cada país, ciertos puestos implican responsabilidades referidas al interés general o la participación en el ejercicio de facultades atribuidas por la ley. Quienes ostentan esos puestos, en consecuencia, ejercen en parte poderes soberanos del Estado. El Estado, por tanto, tiene un legítimo interés en exigir de esos empleados un especial compromiso de confianza y lealtad".* Por tanto, establece la regla de únicamente excluir del ámbito del artículo 6.1 del CEDH los litigios *"formulados por funcionarios públicos cuyas atribuciones representan las actividades específicas de servicio público, en tanto que los mismos se encuentran actuando como depositarios de autoridad pública encargada de*

[142] Utilizado, por ejemplo, en la STEDH en el caso Le Calvez contra Francia, de 29 de julio de 1998.

proteger los intereses generales del Estado u otras autoridades públicas. Un ejemplo manifiesto de este tipo de actividades es el llevado a cabo por las Fuerzas Armadas y la policía. En la práctica, el Tribunal tratará de establecer en cada caso si el puesto del recurrente implica –a la vista de la naturaleza de sus cometidos y responsabilidades relacionadas con el mismo- participación directa o indirecta en el ejercicio de facultades atribuidas por el derecho público y de cometidos establecidos para la salvaguarda de intereses generales del Estado o de otros poderes públicos. Para ello, el Tribunal tomará en consideración, como guía, las categorías de actividades y puestos enumerados por la Comisión Europea en su comunicación de 18 de marzo de 1988 y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas".

Partiendo de este criterio, quedarían excluidos todos los litigios entre el Estado y los empleados públicos que desempeñen puestos relativos al ejercicio de facultades de Derecho público. Sin embargo, los referidos a pensiones sí se acogen a la aplicación del artículo 6.1 del CEDH puesto que el retiro implica la ruptura del especial vínculo entre el funcionario y la autoridad pública, lo que sitúa al individuo en una posición semejante a la de un empleado sometido al Derecho privado.

Tal criterio fue mantenido en posteriores sentencias, si bien destacando que se trata de una interpretación necesariamente restrictiva al limitar la aplicación de las garantías establecidas en el artículo 6.1 del CEDH, *"restricción que quedaría seriamente debilitada si, como pretende el Gobierno en el presente caso, el Tribunal considerara, por analogía o extensión, que las actividades del personal de las oficinas de desarrollo económico en su conjunto, cualesquiera que fuesen sus cometidos y su nivel de responsabilidad, implicaran el ejercicio de facultades de derecho público"*[143].

[143] Apartado 40 de la STEDH (GS) en el caso Frydlender contra Francia, de 27 de junio de 2000.

Posteriormente, en la STEDH en el caso Vilho Eskelinen y otros contra Finlandia, de 19 de abril de 2007, aporta nuevos argumentos respecto a la cuestión al señalar que *"[e]l asunto Pellegrin debe ser entendido en contra del contexto de la jurisprudencia anterior del Tribunal, constituyendo un primer paso para la superación del anterior principio de la no aplicabilidad del artículo 6 a la función pública y hacia la aplicabilidad parcial.* [...] *Sin embargo, se desprende de los casos resueltos desde entonces que en muchos Estados contratantes se otorga el acceso a un tribunal a los funcionarios, permitiéndoles que puedan presentar sus reclamaciones de salarios e indemnizaciones, incluso sobre despido o acceso, de forma similar a los empleados del sector privado. En estas condiciones, el sistema nacional no ve ningún conflicto entre los intereses del Estado y el derecho del individuo a la protección".* Atendiendo a la propia interpretación restrictiva del criterio funcional establecido en el caso Pellegrin, las razones para excluir a ciertas categorías de demandantes de la protección del artículo 6.1 del CEDH deben ser convincentes, lo que ha de excluirse cuando, como en el caso enjuiciado, la legislación nacional permite a tales demandantes acudir a los tribunales nacionales en defensa de su reclamación. Los Estados parte podrán, a través de su legislación, restringir el acceso a los tribunales a ciertas categorías de empleados públicos, pero en esos casos corresponderá al TEDH, atendiendo al principio de subsidiariedad, determinar si el conflicto es tal que justifique la no aplicación del artículo 6.1 del CEDH. Pero en aquellos supuestos en que el Estado parte otorga acceso a los tribunales sobre un determinado aspecto de la función pública, necesariamente ha de hacerlo observando las garantías previstas en el artículo 6.1 del CEDH. De esta forma, un Estado podrá invocar la condición de funcionario público del demandante para eludir la aplicación del artículo 6.1 del CEDH únicamente cuando concurran dos condiciones: *"En primer lugar, la ley interna del Estado en cuestión debe haber excluido expresamente el acceso a un Tribunal con relación al puesto o la*

categoría profesional en cuestión. En segundo lugar, esta excepción debe basarse en razones objetivas de interés del Estado". Para GRABENWARTER[144] *"[e]l primer criterio autoriza al Estado a "trazar la línea", el segundo ("fundamentos objetivos") establece un criterio incierto, mientras al mismo tiempo impone la carga de la prueba al Estado".* Continúa la STEDH Vilho Eskelinen indicando que *"[e]l mero hecho de que la persona esté en un sector o servicio que participa en el ejercicio del poder público no es en sí mismo decisivo. Para que la exclusión esté justificada, no basta con que el Estado demuestre que el funcionario en cuestión participa en el ejercicio del poder público o que existe -en palabras utilizadas por el Tribunal en el caso Pellegrin- una "relación especial de confianza" entre el individuo y el Estado empleador. También se requiere que el Estado demuestre que el objeto del litigio está relacionado con el ejercicio de la autoridad del Estado o que ha sido cuestionado el mencionado vínculo especial. Por tanto, no hay en principio ninguna razón para excluir de las garantías del artículo 6 los conflictos laborales ordinarios, como los relativos a sueldos, indemnizaciones u otros derechos de este tipo, basándose en la naturaleza especial de la relación entre funcionario y el Estado del que se trate. De hecho, habrá una presunción de que el artículo 6 es aplicable, y corresponderá al Estado demandado demostrar, en primer lugar, que el demandante funcionario no tiene derecho de acceso a un tribunal en virtud de la legislación nacional y, en segundo lugar, que la exclusión para el funcionario de los derechos garantizados en el artículo 6 está justificada".*

Para OVEJERO PUENTE[145] *"[l]a jurisprudencia de Eskelinen estableció una presunción de aplicabilidad del artículo 6 del Convenio en el ámbito administrativo, quedando únicamente exceptuado de la aplicación de las garantías del proceso justo, la revisión de la aplicación del poder estatal vinculado a la protección de los intereses superiores del estado."*

[144] GRABENWARTER, C. (2014: 106).

[145] OVEJERO PUENTE, A. M.. (2019: 119).

Basándose en estos criterios jurisprudenciales, la aplicabilidad del artículo 6.1 del CEDH ha sido declarada por el TEDH en asuntos como -además de las ya citadas retribuciones y pensiones- la solicitud de puestos vacantes[146], el pago de salarios y otros beneficios a los jueces[147], el traslado de un juez por imposición de una sanción[148], el cese en el cargo de juez[149], el despido disciplinario de un miembro de la policía[150] o el cese en la condición de funcionaria por carecer de los requisitos necesarios[151]. También, como señala PRECIADO DOMÈNECH Y PINTO DE ALBUQUERQUE[152], *"también a los oficiales militares en servicio y a sus peticiones ante las jurisdicciones militares; véase, al efecto, STEDH 21 junio 2007, Caso Pridatchenko y otros c. Rusia, f. 47".*

1.4.2. Inclusión de cuestiones referidas a los militares en dicho concepto.

De forma paralela a lo señalado anteriormente, el TEDH sostuvo en un primer momento, con carácter general, la exclusión del artículo 6.1 del CEDH en los litigios relativos a los derechos estatutarios de los militares. Así, la STEDH en el caso Kanayev contra Rusia, de 27 de julio de 2006, rechaza esa aplicación pese a tratarse de la falta de ejecución de una sentencia dictada por un tribunal militar

[146] SSTEDH en los casos Josephides contra Chipre, de 6 de diciembre de 2007; Fiume contra Italia, de 30 de junio de 2009; Lombardi Vallauri contra Italia, de 20 de octubre de 2009; y DTEDH en el caso Penttinen contra Finlandia, de 5 de enero de 2010.

[147] SSTEDH en los casos Zubko y otros contra Ucrania, de 26 de abril de 2006; Petrova y Chornobryvets contra Ucrania, de 15 de mayo de 2008

[148] DTEDH en el casoTosti contra Italia, de 12 de mayo de 2009.

[149] SSTEDH en los casos Olujić contra Croacia, de 5 de febrero de 2009; G. contra Finlandia, de 27 de enero de 2009; Oleksandr Volkov contra Ucrania, de 9 de enero de 2013; y Saghatelyan contra Armenia de 20 de octubre de 2015.

[150] STEDH en el caso Nikolova y Vandova contra Bulgaria, de 17 de diciembre de 2013.

[151] STEDH en el caso Emel Boyraz contra Turquía, de 2 de diciembre de 2014.

[152] PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (2020: 463).

que imponía al Ministerio de Defensa el resarcimiento a un oficial por las cantidades le eran adeudadas en concepto de dietas de viaje.

En la DTEDH en el caso Yavuz contra Turquía, de 25 de mayo de 2000[153], se sometía a consideración la resolución dictada por el Tribunal Supremo Administrativo Militar turco ante la reclamación económica efectuada a la Administración militar por los parientes de un soldado fallecido a manos de otro mientras realizaban el servicio militar, toda vez que dicha Administración había conferido la posibilidad de portar armas a ese soldado pese a contar con antecedentes por homicidio. Más adelante analizaremos la cuestión de la independencia e imparcialidad de este tipo de órganos, pero en lo que ahora abordamos, la falta de pronunciamiento acerca del ámbito competencial del mencionado Tribunal al tiempo que entra a analizar la cuestión de fondo, debe llevarnos a considerar que el artículo 6.1 del CEDH resulta claramente atendible también en este tipo de cuestiones de naturaleza administrativa.

Siguiendo la evolución apuntada, en relación con cuestiones referidas específicamente al estatuto jurídico de los militares han sido admitidos recursos en cuestiones tales como la falta de ejecución de sentencias dictadas imponiendo el pago de retribuciones o compensaciones a militares[154] y la revisión de

[153] El asunto versa sobre dos procesos iniciados por parte de los parientes de un soldado asesinado, a manos de otro soldado, durante la prestación de su servicio militar. El primero de los procesos estaba referido al enjuiciamiento del delito cometido por parte del soldado que disparó el arma por parte de un tribunal militar y el segundo, del que conoció el Tribunal Supremo Administrativo Militar, a la reclamación de cantidad a la Administración por haber conferido la posibilidad de portar armas a un soldado con antecedentes de homicidio.

[154] STEDH en el caso Pridatchenko y otros contra Rusia, de 21 de junio de 2007.

La STEDH en el caso Miroshnik contra Ucrania, de 27 de noviembre de 2008, únicamente se pronuncia sobre la falta de ejecución de la resolución de un tribunal militar que acordaba la indemnización al recurrente de los gastos de equipación y sobre la no resolución de su reclamación relativa a la ilegalidad de su expulsión.

pensiones militares[155]. Significativo resulta el caso de Jokšas contra Lituania (STEDH de 12 de noviembre de 2013), en el que se admite la aplicación del artículo 6.1 del CEDH a un supuesto de cese en la condición de militar profesional pese a que la legislación nacional preveía la exclusión de los litigios contra las decisiones de no admisión o extensión de contratos de los militares, pero el TEDH considera que ello no incluye las expulsiones o ceses en la condición ya adquirida. A esa misma cuestión del cese de un militar se refiere la STEDH en el caso Crompton contra Reino Unido, de 27 de octubre de 2009, en la que el Gobierno británico no invocó causa alguna de exclusión del artículo 6.1 del CEDH. Esta evolución es puesta de manifiesto en nuestra doctrina por ESPARZA LEIBAR y EXTEBARRÍA GURIDI[156], haciendo además referencia a una cuestión de indudable significación en el Derecho Administrativo como es la aplicabilidad de las garantías del artículo 6 del CEDH a las medidas cautelares o provisionales, cuya originaria exclusión del ámbito de aplicación del precepto por el TEDH ha dado paso a un cambio jurisprudencial admitiendo su incidencia en determinadas condiciones[157].

Ya se ha hecho referencia a la DTEDH en el caso R.S. contra Alemania, de 28 de marzo de 2017, respecto a la delimitación del concepto de materia penal a los efectos del artículo 6. Sin embargo, esta resolución aporta una argumentación particularmente significativa en cuanto señala que desde la perspectiva de una materia civil no existe, en principio, justificación para su exclusión de la aplicación de las garantías del artículo 6 amparándose en la especial naturaleza de la relación entre los funcionarios y el Estado, sino que existe una presunción de

[155] STEDH en el caso Streltsov y otros "pensionistas militares de Novocherkassk" contra Rusia, de 29 de julio de 2010. Se trata de la reclamación de 87 oficiales rusos retirados acerca de la revisión de sus pensiones y la ejecución posterior de las resoluciones favorables dictadas por los tribunales competentes.

[156] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015) "Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo" en LASAGABASTER HERRARTE, I. (director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 205 y 206.

[157] STEDH en el caso Micallef contra Malta, de 15 de octubre de 2009.

aplicabilidad. Y lo que es más significativo, que *"el Tribunal considera que el ámbito civil del artículo 6 era aplicable a los procedimientos disciplinarios en cuestión relativos a los funcionarios públicos recurrentes. En el presente supuesto, como en el caso Bayer, el recurrente tenía derecho a recurrir los cargos en su contra ante los tribunales administrativos en dos niveles de jurisdicción.* [...] *Se colige que el artículo 6 es aplicable bajo su consideración civil,..."*. Es decir, lo que el TEDH viene a establecer es que, reconocido por el derecho interno el acceso al recurso –parte esencial del derecho al proceso del artículo 6- respecto a las resoluciones disciplinarias militares, no puede cuestionarse, sin causa justificada para ello, la aplicabilidad de los restantes derechos y garantías inherentes al concepto del proceso justo.

1.5. La aplicabilidad del artículo 6 en las distintas fases del procedimiento. Especial consideración de la fase de instrucción penal.

La aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a las distintas fases procesales puede ser abordada desde dos perspectivas diferentes. En primer lugar, desde la óptica del artículo 6.1 del CEDH, cuestionando si todos los elementos que forman parte de un proceso han de ser desarrollados por un órgano judicial independiente, imparcial y predeterminado legalmente y, en segundo, considerando los apartados 2 y 3 de ese artículo 6 del CEDH, analizando desde qué momento habrá que aplicar las garantías que en ellos se reconocen.

A la segunda de las cuestiones planteadas trataremos de responder en el momento de abordar las garantías previstas en el párrafo 3 del artículo 6. Por su parte, el planteamiento respecto al apartado 1 del artículo 6 del CEDH nos lleva a tratar de responder a dos preguntas: la primera, qué hemos de entender por funciones judiciales o, lo que es lo mismo, qué funciones han de ser desarrolladas necesariamente por órganos judiciales; y la segunda, qué debemos considerar "tribunal".

Como ya hemos señalado, el TEDH, partiendo de la literalidad del artículo 6.1 del CEDH, centra su atención en la consideración del objeto del proceso como "acusación en materia penal" o "derechos de carácter civil", conceptos que ya hemos tratado de analizar, de lo que podemos deducir que todas las funciones directamente encaminadas a la resolución de tal objeto resultarían jurisdiccionales.

Por lo que se refiere al término "tribunal" a los efectos del artículo 6.1 del CEDH, ya apuntamos alguna idea al tratar de definir los tribunales militares. El TEDH[158] considera como tal al órgano que *"es independiente del ejecutivo y de las partes, sus miembros son designados por un periodo de cinco años y el procedimiento ante él conlleva las necesarias garantías (ver, mutatis mutandis, la sentencia Neumeister de 27 de junio de 1968, Serie A, y la sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 de junio de 1971, párrafo 78)".* Precisamente, en esa última sentencia a la que se hace referencia[159], señala el TEDH que *"Ciertamente, el Convenio utiliza la palabra «tribunal» en varios de sus artículos.* [...]. *Se trata siempre, en estos diversos casos, de órganos que presentan no solamente características fundamentales comunes, en primer lugar, la independencia en relación al ejecutivo y a las partes (ver Sentencia de 27 junio 1968 Neumeister, serie A, pg. 44, apartado 24), sino también las garantías de un procedimiento judicial. Las modalidades del procedimiento que exige el Convenio no deben ser, sin embargo, necesariamente idénticas en cada uno de los casos en que se requiere la intervención de un órgano judicial. Para zanjar la cuestión de saber si un procedimiento ofrece garantías suficientes, es necesario tener en cuenta la naturaleza específica de las circunstancias en que se desenvuelve".* Es decir, nuevamente el casuismo rige la valoración respecto a qué órganos judiciales han de cumplir las exigencias del artículo 6 del CEDH.

[158] STEDH en el caso Ringeisen contra Austria, de 16 de julio de 1971.

[159] STEDH en el caso De Wilde, Ooms y Versyp (vagabundos) contra Bélgica de 18 de junio de 1971.

Para CIRO MILIONE[160], la *"interpretación más correcta que hay que dar a este término* –el de "litigio" del artículo 6.1 del CEDH- *es la más genérica y, por lo tanto, extensiva, que por su propia naturaleza abarca toda fase, judicial o no, que se utilice para la resolución de una controversia".*

La STEDH en el caso Pop y otros contra Rumania, de 24 de marzo de 2015[161], analiza la cuestión de las funciones y requisitos de las sucesivas instancias judiciales, estableciendo que, *"pese a la posibilidad de que los tribunales superiores pudieran, en algunas circunstancias, enmendar los errores iniciales de tribunales inferiores (ver De Cubber contra Bélgica, 26 de octubre de 1984, ap. 33, Series A nª 86), en el presente caso la Corte de Casación, establecida como un tribunal ordinario, resultaba incapaz de remediar el asunto en cuestión, pues sólo revisó el caso y las pruebas disponibles, sin practicar pruebas directamente y ratificando la sentencia y condena de los recurrentes (ver Kyprianou contra Chipre [GS], nº 73797/01, ap. 134,…). Además, aunque los recurrentes hubieran alegado ante el tribunal de última instancia el asunto recurrido, el artículo 35 del Código Procesal Penal rumano vigente en el momento de los hechos, señalaba que los tribunales militares tenían la competencia exclusiva para examinar los casos en que se hubieran cometido actos ilegales conjuntamente por personal civil y militar".* Ello lleva al TEDH a declarar la violación del artículo 6.1 del CEDH.

Es decir, el TEDH pone el foco sobre el papel desempeñado por el órgano judicial en cada una de las fases del proceso y su incidencia sobre la necesaria contradicción y la confianza del enjuiciado, de forma que cabrá considerar

[160] MILIONE, C. (2015: 61).

[161] Se refiere al enjuiciamiento por parte de un tribunal militar rumano de un supuesto en el que dos de los cuatro implicados eran civiles. El TEDH parte de su semejanza con el caso Maszni contra Rumania (STEDH de 21 de septiembre de 2006), en el que había apreciado una vulneración del artículo 6.1 del CEDH al enjuiciarse a acusados civiles y militares, tanto en primera como en segunda instancia, por un órgano judicial compuesto íntegramente por militares.

satisfecho el artículo 6.1 del CEDH si un órgano judicial adecuado a esas premisas pudo, de forma efectiva, incidir en el resultado final del proceso a través de la práctica directa de pruebas, su libre valoración y la formación de una conclusión a partir de las mismas, sin limitación del objeto de su pronunciamiento por las instancias previas.

Respecto a la materia administrativa, la cuestión preside el origen mismo de las denominadas –siguiendo la terminología propia de nuestro país- jurisdicciones contencioso-administrativas[162]. En el concreto ámbito de la fiscalización de la potestad sancionadora ejercida por órganos administrativos, aun cuando pudiera estimarse que el órgano administrativo sancionador no se encuentra sometido a esas exigencias, sí lo estaría el órgano judicial facultado para supervisar su legalidad. Al respecto se ha pronunciado el TEDH cuando en su sentencia del caso Schmautzer contra Austria (STEDH de 23 de octubre de 1995) afirma, invocando jurisprudencia anterior[163], que *"esas decisiones, adoptadas por autoridades administrativas que no satisfacen los requisitos del artículo 6.1 CEDH* [...] *deben*

[162] Me refiero a la interpretación que del principio de separación de poderes llevaron a cabo los revolucionarios franceses y la consiguiente limitación al control jurisdiccional de la Administración, cuestión que, como he mencionado al referirme al control de las potestades discrecionales, genera aún hoy un intenso debate.

Así, puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (2022) *Curso de Derecho Administrativo II,* 17ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas*,* pp. 592-594; FERNÁNDEZ TORRES J. R. (1998) *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva,* Madrid: Civitas, y (1998) *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid: Civitas; NIETO GARCÍA, A. (1962) "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo"*, Revista de administración pública*, Nº 37, pp. 75-126, (1966) "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España"*, Revista de administración pública*, Nº 50, pp. 27-50 y (1968) "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo", *Revista de administración pública,* Nº 57, pp. 9-34; PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1968) "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *Revista de Administración Pública*, Nº 55, pp. 65-112 y (1969) "Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública*, Nº 59, pp. 41-70; GARRIDO FALLA, F. (1968) "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", *Revista de Administración Pública*, Nº 55, pp. 9-26.

[163] Entre otras, *mutatis mutandis*, las siguientes SSTEDH: en el caso Albert y Le Compte contra Bélgica, de 10 de febrero de 1983 párr. 29; en el caso Öztürk contra Alemania, de 21 de febrero de 1984, párr. 56; y en el caso Fischer contra Austria, de 26 de abril de 1995, párr. 28.

estar sujetas al subsiguiente control por un "cuerpo judicial que tenga plena jurisdicción".

La STEDH en el caso Le Compte, Van Leuven y de Meyere contra Bélgica, de 23 de junio de 1981, resulta especialmente esclarecedora de la cuestión. El TEDH analiza si los órganos que sucesivamente conocieron de la impugnación de las sanciones administrativas impuestas respondían a las exigencias del artículo 6.1. Comienza señalando que el artículo 6.1 del CEDH *"no obliga a los Estados parte a someter los "litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil" a procedimientos que se desarrollen en cada una de sus fases ante "Tribunales" sometidos a los requerimientos de dicho artículo. Necesidades de flexibilidad y eficiencia, plenamente compatibles con la protección de los derechos humanos, justificarían la intervención previa de órganos administrativos o corporativos, y, a posteriori, de órganos jurisdiccionales que no satisfagan los mencionados requerimientos en todos los aspectos; tal sistema puede ampararse en la tradición jurídica de muchos Estados miembros del Consejo de Europa".* Sin embargo, no admite la argumentación del Gobierno belga que justificaba que el órgano de apelación no era necesario que cumpliera las exigencias del artículo 6.1 del CEDH, puesto que las cuestiones jurídicas de su decisión serían susceptibles de impugnación ante el Tribunal de Casación, cuyo procedimiento, sin duda, reunía tales exigencias. Para el TEDH el artículo 6.1 no establece distinciones entre cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho, de manera que el derecho a la solución jurisdiccional del litigio se aplica a ambas categorías de cuestiones y, además, el Tribunal de Casación carecía de competencia para corregir errores de hecho o examinar la proporcionalidad entre falta y sanción. Lo relevante, por tanto, será que exista un órgano jurisdiccional, sometido a las garantías del artículo 6 del CEDH, con competencia para revisar plenamente la actividad anterior.

En la STEDH en el caso Crompton contra Reino Unido, de 27 de octubre de 2009[164], se establece que *"en orden a determinar si a los efectos del artículo 6 un tribunal de segundo nivel posee "plena jurisdicción" o aporta "suficiencia en la revisión" para subsanar una falta de independencia en la primera instancia, será necesario tener en consideración factores tales como el tema en el que se funda la apelación, la forma en la cual fue adoptada esa decisión y el contenido de la controversia, incluyendo la pretensión y actual fundamento de la apelación".* En relación con el caso concreto que en ella se analiza, en el que se otorgaba a un órgano administrativo *-Army Board-* la capacidad de decisión, señala que *"a diferencia de los casos Bryan contra el Reino Unido y X. contra el Reino Unido, citados anteriormente, el ejercicio de tal discrecionalidad no se beneficiaba de ningún especial conocimiento por parte de los miembros del tribunal en cuestión. En consecuencia, no existían razones convincentes para que la decisión relativa al nivel de compensación fuera establecida por el Army Board, en lugar de por un tribunal independiente e imparcial.* [...] *Habría por tanto una quiebra del artículo 6 al menos en cuanto a que las particulares circunstancias del procedimiento de revisión judicial ofrecieran "suficiencia de revisión" tal y como garantizan los requisitos del artículo 6 relativos a la independencia e imparcialidad del tribunal".* Es decir, en definitiva, lo que viene a considerar el TEDH respecto a estos cuerpos u órganos administrativos con capacidad juzgadora son dos cuestiones: su independencia e imparcialidad, por un lado, y de otro, su cualificación técnica. Pero pone en relación ambas manifestaciones, pues parece asumir cierta flexibilidad en las exigencias de independencia e imparcialidad si la competencia del órgano cabe justificarla en la cualificación técnica del mismo y siempre que su

[164] Se trata del caso de un hombre vinculado al Ejército como dependiente de un almacén de material de papelería. Tras una reestructuración de su Unidad militar por la que se procedía a convertir su puesto en un puesto civil, al no contar con el curso necesario para optar al nuevo puesto, ni tener opciones de realizarlo, concurre a otros puestos civiles para el Ejército, pero no obtiene ninguno, siendo finalmente expulsado. Tras plantear la cuestión ante un Tribunal Industrial, este expone su falta de competencia sobre cuestiones de personal militar, por lo que formula su reclamación ante el correspondiente *Commanding Officer*, quien plantea el caso ante el *Army Board of the Defence Council*.

decisión sea revisable por otro órgano que sí satisfaga las exigencias de independencia e imparcialidad del artículo 6.

Lo anterior plantea una serie de cuestiones de especial relevancia en el ámbito del actual sistema judicial castrense de nuestro país. El control judicial de la legalidad de las sanciones disciplinarias militares (incluidas las de la Guardia Civil) se lleva a cabo, en primera instancia, por parte de un órgano judicial compuesto íntegramente por militares, pudiendo ser sometida la resolución dictada al criterio de la Sala Quinta del TS a través del recurso de casación. En este sentido, y atendido lo anterior, el restringido alcance que posee el recurso de casación[165], exige que los requisitos del artículo 6.1 del CEDH hayan de analizarse respecto de los tribunales militares propiamente dichos, que son los que realizan una labor de jurisdicción plena, referida tanto a cuestiones jurídicas como fácticas. Al respecto GRABENWARTER[166], atendiendo a lo establecido en la STEDH en el caso Menarini Diagnostics S.r.l. contra Italia, de 27 de septiembre de 2011, señala que para valorar esa plenitud del control en materia sancionadora *"el Tribunal tuvo en consideración que el tribunal nacional que ejercía la revisión judicial estaba capacitado para valorar si la autoridad administrativa había efectuado un uso correcto de sus facultades y para valorar que la sanción impuesta era acorde a la infracción y hubiera podido cambiarla de estimarlo necesario".* Sin embargo, de forma análoga a lo manifestado respecto del sistema judicial belga, la configuración de la cúspide de la jurisdicción militar en forma idéntica a la del conjunto de órdenes jurisdiccionales no es, por sí sola, argumento suficiente para apreciar la independencia e imparcialidad de dicha jurisdicción, pues tal valoración ha de efectuarse respecto de los órganos que gocen de

[165]El artículo 503 de la Ley Procesal Militar remite a los motivos y trámites que para el recurso de casación establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de manera que se exigirá para su admisión que el mismo presente un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y limitará su alcance a cuestiones jurídicas (artículos 87 bis y 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

[166] GRABENWARTER, C. (2014:115).

jurisdicción plena. Estas mismas consideraciones pueden predicarse en materia penal militar, dado el carácter igualmente extraordinario del recurso de casación en esta materia[167]. A ello debe añadirse la inexistencia en la jurisdicción militar española de una segunda instancia, lo que merecerá un análisis separado de la cuestión en el capítulo V de este trabajo[168].

1.6.1. Consideraciones sobre la fase de instrucción penal en nuestra jurisdicción militar.

Como veremos en su momento, la separación entre las fases de instrucción y enjuiciamiento en el ámbito penal se erige como uno de los elementos del derecho a un juez imparcial. Lo que cabe plantearse ahora es si la instrucción queda sometida y en qué medida a las exigencias que emanan del artículo 6 del CEDH. Tal cuestión se enfrenta a una primera dificultad como es la de establecer una definición común de la fase de instrucción o investigación previa al enjuiciamiento ante los distintos modelos que la misma puede adoptar en los Estados parte del CEDH[169]. En dicha fase pueden verse afectados, además, otros

[167] Los artículos 325 y 326 de la LOPM, remiten a los motivos y al procedimiento establecidos para el recurso de casación penal por la LECr., de manera que habrá que estar a los supuestos tasados de los artículos 849 a 852 LECr. a la hora de valorar la procedencia de dicho recurso en el ámbito penal militar, al tiempo que se establece su alcance limitado en cuanto a la imposibilidad de alterar los hechos que hayan sido declarados probados en la instancia, salvo cuando se estimase un error en la apreciación de la prueba.

[168] Ratificado por Instrumento de 28 de agosto de 2009, BOE de 15 de octubre de 2009.

"Artículo 2. Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal.

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución."

[169] Sobre los modelos francés, alemán, italiano y portugués puede consultarse: GARCÍA-PANASCO MORALES, G. (2015) *La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador,* Tesis doctoral, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, accesible en http://hdl.handle.net/10553/21689.

derechos y garantías de las contempladas por el CEDH, tales como la integridad física, la intimidad o la libertad.

De hecho, ha sido con ocasión de la interpretación de los artículos 2 y 3 del CEDH, cuando el TEDH ha establecido la obligación que concierne a los Estados parte de llevar a cabo una investigación adecuada en relación con los ataques que se produzcan contra los derechos a la vida y a la integridad que dichos preceptos proclaman. Así, la STEDH en el caso Antonov contra Ucrania, de 3 de noviembre de 2011, señala que *"el Tribunal reitera que la primera frase del artículo 2 del Convenio exige a los Estados, en particular, establecer un marco legislativo y administrativo diseñado para proveer una efectiva disuasión contra las amenazas al derecho a la vida en relación a cualquier actividad, sea pública o no, en la que el derecho a la vida pueda estar en riesgo* [...]. *Además, requiere que, cuando sucede una lesión que atenta contra la vida o una muerte, sea establecido un efectivo e independiente sistema judicial para asegurar la aplicación del mencionado marco legislativo para proveer la compensación adecuada".* Con relación a dicho sistema judicial -continúa- *"[l]o que es importante, sin embargo, es que en cualquier caso el modo de investigación, las vías legales de solución disponibles, atendidas conjuntamente, deben conducir a medios legales capaces de establecer los hechos, responsabilizando a los culpables y estableciendo compensaciones adecuadas".*

ESPARZA LEIBAR, I. (2011) "La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger*", Revista penal México*, Nº. 1, pp. 97-107.

ALLARD RINGNALDA (2014) "Procedural Tradition and the Convergence of Criminal Procedure Systems: The Case of the Investigation and Disclosure of Evidence in Scotland"*, American journal of comparative law*, Nº. 4, pp. 1133-1166.

DELMAS-MARTY, M. y SPENCER, J. R. (2005) *European criminal procedures*, Cambridge, Cambridge University Press.

SCHWIKKARD, P. J. (2008), *Possibilities of Convergence: an outside perspective on the convergence of criminal procedures in Europe,* Kluwer.

Sin embargo, el TEDH va a precisar las diferencias existentes entre las garantías que imponen los referidos artículos 2 y 3 y las que emanan del artículo 6.1 del CEDH. Resulta particularmente interesante a los efectos de este estudio la STEDH (GS) en el caso Mustafa Tunç y Fecire Tunç contra Turquía, de 14 de abril de 2015 (aps. 220 y ss.)[170]. En lo que ahora abordamos, establece una comparación entre las exigencias derivadas del artículo 2 y las propias del artículo 6, señalando que *"si las exigencias del juicio justo pueden inspirar el examen de cuestiones procesales bajo la óptica de otros preceptos, tales como los artículos 2 y 3 del Convenio, las garantías otorgadas no han de ser valoradas necesariamente del mismo modo".* El artículo 6 -considera el TEDH- exige una independencia del órgano judicial de los otros poderes (legislativo y ejecutivo) y de las partes, que será valorada a través de los elementos que se analizarán más adelante. Sin embargo, viene a establecer una serie de parámetros para valorar la observancia de los requisitos procedimentales que derivarían del artículo 2: *"la adecuación de las medidas investigadoras, la prontitud de la investigación, la implicación de la familia del fallecido y la independencia de la investigación",* pero puntualiza que *"estos elementos están interrelacionados y cada uno de ellos, tomado separadamente, no constituye un fin en sí mismo* [...] *Son criterios que, tomados conjuntamente, permiten evaluar el grado de efectividad de la investigación".* En cuanto a la necesidad de que la investigación sea conducida por un juez o tribunal, la sentencia (ap. 232 a 234) afirma que no cabe apreciar una exigencia de la misma, pero que constituye un elemento suplementario que permite garantizar la independencia de la investigación en su conjunto cuando se trata de un órgano judicial con suficientes garantías estatutarias de independencia. Incluso considera que tal intervención puede resultar necesaria en determinados casos, habida cuenta de la naturaleza de los hechos en cuestión y del contexto particular en el que se producen. No obstante, señala que dicha

[170] La misma se refiere a la investigación seguida tras la muerte de un sargento de la Gendarmería durante la realización de una guardia, cuando realizaba su servicio militar obligatorio.

intervención no será suficiente para remediar determinadas deficiencias en la investigación *"habida cuenta de la etapa avanzada en la que se involucra con frecuencia ese órgano (ver Al-Skeini y otros, citada anteriormente, ap. 173)".*

De todo ello podemos colegir que el artículo 6 resultará aplicable a la fase de investigación e instrucción, en todo caso, cuando la misma sea llevada a cabo por un órgano judicial. Pero, aun cuando no sea un órgano de esta naturaleza el responsable de la misma, cabe exigir una serie de condiciones en su realización que no desvirtúen la incidencia de la misma en el proceso subsiguiente, en particular aquellos elementos que caracterizan al proceso como equitativo, que se analizarán posteriormente. La independencia del órgano encargado de la realización de esta fase será objeto de análisis específico en el capítulo referido a la independencia e imparcialidad del órgano judicial.

1.6. La extensión del ámbito competencial de las jurisdicciones militares respecto al personal no militar.

Admitida la existencia de órganos judiciales integrados, en todo o en parte, por personal militar, ha de plantearse la adecuación de una extensión de su ámbito competencial al conocimiento de cuestiones referidas a personal no militar, planteamiento que ha sido puesto de manifiesto por algunos autores como PASTOR RIDRUEJO[171].

La cuestión resulta de marcado interés para nuestro Derecho, pues el ordenamiento jurídico español establece diversos supuestos en los que la jurisdicción militar va a resultar competente para el enjuiciamiento de civiles,

[171] PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2012) "Sobre la compatibilidad de las jurisdicciones militares con las exigencias del juicio equitativo. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en HINOJO ROJAS, M. (coord.) *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea,* Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, p. 583-584.

conforme a las reglas establecidas en los artículos 12 a 14 de la LOCOJM[172]. En primer lugar, en los supuestos mantenidos por nuestro vigente CPM, en los que el tipo penal establece como posible sujeto activo a personas que no ostentan la

[172] *"Artículo 12*

En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas:

1. Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste.

1 bis. Los previstos en los Capítulos I al VIII del Título XX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares.

2. Los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula.

3. Aquellos que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier ejército.

4. En los casos del número anterior y cuando no existan tratados, acuerdos o convenios aplicables, todos los tipificados en la legislación española siempre que el inculpado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas. En este supuesto, si el inculpado regresare a territorio nacional y no hubiera recaído sentencia, los órganos de la jurisdicción militar se inhibirán en favor de la ordinaria, salvo en los supuestos contemplados en los números 1 y 2 de este artículo.

Artículo 13

En tiempo de guerra y en el ámbito que determine el Gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas:

1. Los que se determinen en tratados con potencia u organización aliadas.

2. Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, por las Cortes Generales, o por el Gobierno, cuando estuviere autorizado para ello.

3. Todos los tipificados en la legislación española, si se cometen fuera del suelo nacional, y el inculpado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas.

Artículo 14

La jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave, conocerá de los delitos conexos. Si sobreseyese el procedimiento en relación con el delito de pena más grave, dejará de conocer de los conexos de los que no sea competente."

condición de militar, aun incluso fuera de los estados de sitio o conflicto armado[173]. A estos casos habría que unir el conocimiento de los delitos contra la Administración de Justicia que, tipificados en el CP, sean cometidos en el ámbito de la justicia castrense (según el párrafo 1 bis del mencionado artículo 12 de la LOCOJM). También serían susceptibles de ser enjuiciados civiles por nuestros tribunales militares cuando nos encontremos con supuestos de participación delictiva de un paisano en un delito previsto en el CPM o en casos de conexidad delictiva. Y finalmente, los que le sean expresamente atribuidos en estado de sitio o en situación de conflicto armado.

El TEDH ha abordado el tema de forma prolija, especialmente en relación con Turquía, ya que este país históricamente ha constituido tribunales militares que extendían su conocimiento al enjuiciamiento de delitos susceptibles de ser imputados a civiles[174]. Así, en la STEDH en el caso Ergin (nº 6) contra Turquía, de 4 de mayo de 2006, el TEDH comienza analizando el estado de esta cuestión en el marco del Derecho Internacional. Al entrar a exponer los fundamentos jurídicos, la sentencia reitera el criterio del TEDH referido a que el CEDH no prohíbe los tribunales militares para el enjuiciamiento de personal militar por delitos militares, siempre que sean respetadas las garantías de independencia e imparcialidad del artículo 6.1, *"[s]in embargo, se trata de una cuestión diferente cuando la legislación nacional habilita a este tipo de tribunales a juzgar a civiles por causas criminales. El CEDH no excluye expresamente esa facultad de los tribunales militares, pero estos supuestos han de estar sometidos a un cuidadoso*

[173] Se trata de los delitos de allanamiento de establecimiento militar y de atentado contra centinela o policía militar previstos, respectivamente, en los artículos 29 y 34.

[174] Dado la copiosa jurisprudencia generada al respecto, en el apartado relativo a la independencia e imparcialidad de los tribunales militares se incluye un punto dedicado al estudio de la evolución de la justicia militar turca -en sus diferentes concepciones y usos- y la valoración que la misma ha merecido por parte del TEDH. Nos referiremos también a las diferentes formas en que la misma ha sometido a los civiles a su jurisdicción, en particular como incide en la independencia e imparcialidad exigible al órgano.

control"[175]. Señala que el hecho de que un civil deba de comparecer ante un tribunal compuesto, aunque sea parcialmente, por militares es una situación que puede afectar seriamente a la confianza que los tribunales de justicia deben inspirar en una sociedad democrática, lo que lleva a afirmar que *"el enjuiciamiento penal de civiles ante este tipo de tribunal sólo resulta compatible con el artículo 6 CEDH en circunstancias excepcionales*. […] *En relación a esto cabe mencionar el informe publicado acerca de la administración de justicia por los tribunales militares presentado ante la correspondiente subcomisión de NU. El Principio número 5 del Informe señala que "Los tribunales militares, en principio, no tienen jurisdicción para juzgar a civiles. En todo caso, los Estados se asegurarán de que los civiles acusados de una infracción penal de cualquier naturaleza son juzgados por tribunales civiles"*[176]. *Una posición similar había sido adoptada previamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por ejemplo, Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000), que enfatiza que los tribunales militares han sido constituidos con el propósito de mantener el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas y su jurisdicción debe,*

[175] A semejante conclusión llegará también en el caso Martin contra Reino Unido, STEDH de 24 de octubre de 2006, que viene a establecer que no es suficiente que la legislación nacional prevea tal sumisión, sino que existan razones imperiosas que justifiquen tal aplicación en el caso concreto.

[176] Se trata del Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (en aquel momento integrada en la Comisión de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), Emmanuel Decaux, de fecha 13 de enero de 2006 ((U.N. Doc. E/CN.4/2006/58 at 4 (2006)) (https://digitallibrary.un.org/record/571377?ln=es).

Algunas de sus conclusiones se recogen en la Observación General nº 32 al Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sustituye a la nº 13. (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=es).

En el contexto de Naciones Unidas son números los documentos que han manifestado esa limitación de los tribunales militares para el enjuiciamiento de delitos estrictamente militares cometidos por personal militar. Así: Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones finales sobre la situación de los derechos civiles y políticos en Guinea Ecuatorial, 7 (UN Doc. CCPR/CO/79/GNQ, 2004); Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones finales: Tercer Periodo. Informe sobre Camerún, 21, (UN Doc. CCPR/C/79/Add.116, 1999); Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones finales: Informe inicial sobre Eslovaquia, 20 (UN Doc. CCPR/C/79/Add.79, 1997); Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones finales: Segundo Periodo. Informe sobre Líbano, 14 (UN Doc. CCPR/C/79/Add.78, 1997).

por tanto, reservarse para el personal militar que ha cometido delitos o lesiones en el desarrollo de sus cometidos". El TEDH -continúa argumentando-, es consciente de la particular posición que ocupa el Ejército en el orden constitucional de los Estados democráticos, la cual debe quedar limitada al terreno de la seguridad nacional, por lo que el poder judicial es, en principio, un atributo de la sociedad civil. Asimismo, toma en consideración la existencia de reglas especiales que rigen la organización y la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas. Por tales motivos considera que *"[l]a competencia de la justicia penal militar no debe extenderse a civiles a menos que existan imperiosas razones que justifiquen tal situación y, en su caso, sólo sobre una base jurídica clara y previsible. La existencia de tales razones debe ser justificada en cada caso específico. No es suficiente para las legislaciones nacionales atribuir ciertas categorías de delitos a los tribunales militares en abstracto".* Para el TEDH esa atribución en abstracto podría provocar una diferencia de trato respecto de los ciudadanos que son juzgados por tribunales ordinarios aun cuando los tribunales militares cumplieran con las exigencias establecidas en el CEDH. De nuevo el casuismo dificultará la predeterminación de las circunstancias que justifican la sumisión de civiles a tribunales militares, pero sí puede señalarse que la nota es la excepcionalidad.

Sin extendernos en ello, ha de señalarse que en nuestro ordenamiento existe una primera delimitación del ámbito competencial de la jurisdicción militar en el propio texto constitucional, al restringir el artículo 117.5 CE el ejercicio de dicha jurisdicción al *"ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio".* La cuestión ha de centrarse, entonces, en definir que ha de entenderse por ese "ámbito estrictamente castrense"[177], tarea progresivamente construida por

[177] El Preámbulo del vigente CPM establece que el concepto de lo estrictamente castrense *"se identifica, en tiempos de normalidad, con los delitos exclusivamente militares tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas (indispensables para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional), como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.*

una solvente doctrina[178] y, sobre todo, por la sólida jurisprudencia del TC y de la Sala de Conflictos del TS[179].

Diferente será la consideración que esa atribución a los tribunales militares puede provocar sobre la imparcialidad objetiva del tribunal en los supuestos en que se enjuicien actos de un civil contra las Fuerzas Armadas, abordada también por el TEDH[180] y que escrutaremos de forma específica al abordar el análisis del derecho a un tribunal independiente e imparcial que proclama el artículo 6.1 del CEDH.

En consecuencia, la idea que ha presidido la redacción del presente Código Penal Militar es que los bienes jurídicos protegidos por la norma penal han de ser estrictamente castrenses en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas, de los medios puestos a su disposición para cumplir sus misiones y del carácter militar de las obligaciones y deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito militar".

[178] La cuestión ha sido abordada, entre otros, por: ALAÍZ VILLAFÁFILA, C. M. (1992) "El ámbito estrictamente castrense como marco constitucional de la competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz", *Cuadernos de Derecho Judicial/Monografías*, Nº 4 (La jurisdicción militar); CALDERÓN SUSÍN, E. (1989) "*En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar*", *Revista Española de Derecho Militar*, Nº 53 tomo I, pp. 81-106; CANOSA USERA, R. (1994) "Configuración constitucional de la jurisdicción militar", *Revista del Poder Judicial*, Nº 34, pp. 9-38; RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2006) "La jurisdicción militar en el artículo 117.5 de la Constitución", *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 112 (Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios), pp. 15-45.

[179] SSTC 75/1982, de 13 de diciembre, 111/1984, de 28 de noviembre, 4/1990, de 18 de enero, 60/1991, de 14 de marzo o 177/1996, de 11 de noviembre, entre otras.

Respecto de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del TS, por citar sólo algunas de las más recientes, las SSTS de 12 de julio de 2017, 5 de julio de 2016, 29 de septiembre de 2015 o 20 de febrero de 2015.

[180] Señala el apartado 49 de la referida STEDH: *"las situaciones en las que un tribunal militar tiene competencia para juzgar a un civil por actos contra las Fuerzas Armadas pueden dar lugar a dudas razonables sobre la imparcialidad objetiva del tribunal. Un sistema judicial en el que los tribunales militares tienen atribución para juzgar a una persona que no es miembro de las Fuerzas Armadas puede ser fácilmente percibido como una reducción a la nada de la distancia que debe existir entre el tribunal y las partes en el procedimiento penal, incluso si hay garantías suficientes para asegurar que es un tribunal independiente".*

2. EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE.

2.1. El derecho de acceso a un tribunal como manifestación del artículo 6.1 del CEDH.

Aunque la redacción del artículo 6.1 del CEDH no recoge expresamente el derecho de acceso a los tribunales, la doctrina unánimemente considera que se trata de un *"elemento inherente y esencial"*[181] respecto del reconocido derecho a un juicio justo.

Si bien el TEDH había ya reconocido este derecho de acceso en alguna decisión, la primera sentencia que va a expresarlo es la recaída en el caso Golder contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1975. Se trataba del caso de un interno en una prisión británica que pretendía demandar a un funcionario de la misma que le había acusado de participar en una agresión en su contra, para lo cual solicitó, sin éxito, autorización de las autoridades penitenciarias para consultar con un abogado. El señor Golder acude al TEDH denunciando la vulneración del artículo 6.1 del CEDH al impedírsele la invocación de su reclamación ante un tribunal. El TEDH expone: *"… el artículo 6.1 no establece un derecho de acceso a los tribunales de forma expresa. Enuncia derechos que son diferentes pero que proceden de la misma idea básica y que, tomados conjuntamente, conforman un único derecho no definido específicamente en el sentido más estrecho del término".* Y termina concluyendo que *"…los términos del artículo 6, párrafo 1 del CEDH, tomado en su contexto, proporcionan razones para pensar que este*

[181] CASADEVALL, J. (2012: 275).

Para OVEJERO PUENTE (OVEJERO PUENTE, A.M. (2019:145): *"Se puede afirmar en este sentido, como hace el TC español, que el acceso a la justicia es el primer contenido lógico del derecho a la tutela judicial o al juicio justo".*

MILIONE, C. (2015: 61), por su parte, lo considera *"una condición previa para el desarrollo de un proceso justo y equitativo".*

derecho -el de acceso a un tribunal- *se incluye entre las garantías establecidas".* En similares términos se pronunciarían después las SSTEDH de los casos Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica, de 23 de junio de 1981, o del caso Sporrong y Lönnroth contra Suecia, de 23 de septiembre de 1982.

Lo cierto es que el derecho de acceso al proceso ha sido reconocido como elemento indispensable para la protección de los derechos humanos. Así, en el ámbito internacional, el artículo 2.3 del PIDCP establece ese derecho de acceso a los recursos para la salvaguarda de los derechos reconocidos en el propio Pacto[182]. La Observación General nº 31, adoptada por el Comité de los Derechos Humanos[183], señala en su párrafo 15 la importancia del *"establecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno. El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional".*

[182] *"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:*

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Esta do, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

[183] La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

Algunos autores van más allá, y así, OVEJERO PUENTE[184] afirma que este derecho *"está directamente relacionado con la aplicación de principios fundamentales del Derecho universalmente reconocidos o de los principios generales del Derecho, especialmente aquel que prohíbe la denegación de la justicia. El artículo 6.1 debe ser entendido a la luz de estos principios, de manera que sea posible solicitar el amparo judicial, haya o no haya procedimiento, medios o institución específica creada por el estado para que sea efectivo. Si el texto del Tratado solamente se concibiera respecto a instancias judiciales y tribunales ya existentes, o sobre procedimientos ya instituidos, cualquier estado contratante podría llevar a cabo un fraude en la aplicación del Convenio suprimiendo las jurisdicciones problemáticas, mediante traspaso de sus competencias a otras categorías administrativas o a otros órganos que, por ejemplo, dependan del poder ejecutivo y sean más controlables".* Tal afirmación puede resultar particularmente relevante en relación con la jurisdicción militar, pero el problema con ese traspaso del que habla la autora debe -a mi juicio- residenciarse en la cuestión del ámbito de aplicación del artículo 6.1 del CEDH y las garantías que el mismo establece, es decir si nos encontramos ante litigios relativos a *"…derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal…"* y si se satisfacen las exigencias impuestas por el CEDH. La vulneración del precepto podrá venir, por tanto, bien de la falta de observancia de esas garantías en un supuesto que las merezca, bien de la ausencia misma de proceso judicial al respecto.

El TEDH se ha pronunciado respecto al contenido que ha de predicarse del derecho de acceso a un tribunal, cuestión que también presenta algunos supuestos relevantes referidos a los militares. La STEDH en el caso Aleksandar Sabev contra Bulgaria, de 19 de julio de 2018, valora -en lo que aquí interesa- la adecuación al artículo 6.1 del CEDH de las resoluciones judiciales y

[184] OVEJERO PUENTE, A. M.. (2019: 148).

administrativas dictadas en relación con la expulsión de un militar perteneciente al Servicio de Inteligencia al que se le retiró su habilitación de seguridad. Como punto de partida establece que *"El artículo 6.1 CEDH exige, en principio, que el "tribunal" en cuestión tenga jurisdicción para examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho relevantes en la controversia que se le plantea […]. Esto significa, en particular, que el tribunal debe tener la facultad de examinar punto por punto cada una de las alegaciones del demandante sobre el fondo, sin negar el examen de ninguna de ellas y dando claras razones para su rechazo. En cuanto a los hechos, el tribunal debe tener la facultad de examinar aquellos que sean fundamentales para el caso".* En el supuesto concreto, el TEDH señala que la cuestión debatida no es la referida a la retirada de las habilitaciones de seguridad, sino la expulsión del recurrente como militar, que conforme a las leyes internas era susceptible de recurso y, por tanto, estaba sometida a las garantías del artículo 6.1 del CEDH. Sin embargo, al basarse la expulsión -y las resoluciones judiciales que enjuiciaron la validez de la misma- únicamente en esa pérdida de las habilitaciones de seguridad, el TEDH considera que no puede estimarse como un pronunciamiento válido la simple remisión a una decisión adoptada por un órgano dependiente del Ejecutivo, que no expresa los hechos en que se fundamentó, que se adoptó sin conocimiento del recurrente y contra la que no cabía recurso. Por ello considera que la situación es asimilable a otros casos (SSTEDH en el caso Miryana Petrova contra Bulgaria, de 21 de julio de 2016, y caso Tinnelly & Sons Ltd y otros y McElduff y otros contra Reino Unido, de 10 de julio de 1998) *"en los cuales se apreció una violación del artículo 6.1 debido a la negativa de los tribunales nacionales a examinar cuestiones que eran vitales para la resolución de las controversias entre los recurrentes y las autoridades administrativas, rechazo que se había basado en el hecho de que tales cuestiones habían sido determinadas previamente por las autoridades administrativas de modo que forzaba a los tribunales a aceptar sus conclusiones fácticas".*

Es decir, para el TEDH supone una vulneración del derecho de acceso a un tribunal la adopción de una resolución judicial que se funde exclusivamente en la imposibilidad de rebatir una cuestión que ha sido determinada únicamente por una autoridad administrativa o que se base en la certeza de sus argumentos fácticos. Se trata, sin duda, de una significativa aportación frente a la decimonónica concepción -y aún sostenida en ocasiones- de la jurisdicción contenciosa como jurisdicción revisora[185].

2.2 La facultad de los estados de limitar el acceso a los tribunales. Su incidencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

No obstante, ese derecho de acceso a los tribunales no es absoluto. Así se deducía de la comentada sentencia del caso Golder contra Reino Unido, al señalar: *"El Gobierno y la Comisión han citado ejemplos de limitaciones y, especialmente, de limitaciones que se encuentran en las legislaciones nacionales de los estados en materia de acceso a los tribunales, por ejemplo, regulaciones relativas a menores y personas con discapacidad mental […] No es función del Tribunal elaborar una teoría general de las limitaciones admisibles en el caso de los presos condenados, […] Ante un supuesto que tiene su origen en una petición presentada por un individuo, el Tribunal ha de pronunciarse únicamente sobre la*

[185] TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (1976) "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista española de derecho administrativo*, Nº 11, pp. 728-729; FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (1997) *Origen y ocaso del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa,* Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid; CUADRADO ZULOAGA, D. (2006) "Alcance y límites del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Actualidad administrativa*, Nº 3, pp. 330-341; TRIANA REYES, B. (2018) "Doctrina constitucional en torno al carácter revisor de la jurisdicción contenciosa: STC 23/2018, de 5 de marzo"*, Actualidad administrativa*, Nº 5, GONZÁLEZ ALONSO, A. (2009) "Objeto del recurso contencioso-administrativo y alcance del carácter revisor de esta jurisdicción", *Diario La Ley*, Nº 7096; GARCÍA LUENGO, J. (2012) "La doctrina del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia actual", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y ALONSO GARCÍA, R. (coord.) *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández,* Madrid: Civitas Thomson Reuters, pp. 1223-1242; CUDERO BLAS, J. (2020) "El carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa y el control de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales" en FAYA BARRIO, A. L. (coord.), *Las relaciones entre los poderes del Estado: separación, colaboración y conflicto. XIX Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 229-237.

cuestión de si la aplicación de esas reglas en el presente supuesto violó el Convenio…".

Más claramente lo exponía la STEDH en el caso Deweer contra Bélgica, de 27 de febrero de 1980, al afirmar que *"el «derecho a un tribunal», que es un elemento constitutivo del derecho a un juicio justo, no es más absoluto en materia criminal que en la civil. Está sometido a limitaciones implícitas, […]; no es función del Tribunal, sin embargo, elaborar una teoría general de tales limitaciones".*

Ha sido analizada la extensión de los términos "acusación en materia penal" y "litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil", en tanto que su determinación incide en el derecho de acceso a los tribunales. El propósito de este trabajo no comporta un análisis minucioso de la distinción seguida por la jurisprudencia del TEDH entre las restricciones que delimitan el contenido sustantivo de un derecho -que no estarían amparadas por las garantías del artículo 6.1 del CEDH- y aquellas barreras procedimentales que impiden el acceso al proceso, que sí entrarían en contradicción con dicho precepto. Baste, por ello, señalar aquí que para el TEDH *"[e]l hecho de que las circunstancias y las quejas propias de un caso puedan hacer inútil el establecimiento de una distinción entre limitaciones materiales y barreras procesales […] no incide en el alcance del artículo 6 del Convenio, el cual, en principio, no puede aplicarse a las limitaciones materiales de un derecho consagrado por la legislación interna"* (STEDH en el caso Markovic y otros contra Italia, de 14 de diciembre de 2006). Al objeto de distinguir entre ambas, señala el TEDH que *"en la determinación de si existe un "derecho" civil y la definición de la restricción impugnada como sustantiva o procesal, el punto de partida debe ser las previsiones de la legislación interna aplicable y su interpretación por los tribunales internos […] este Tribunal necesitaría razones de peso para diferir de la conclusión alcanzada por tales tribunales y sustituir el criterio de esos tribunales nacionales en un asunto de*

interpretación de la legislación interna" (SSTEDH caso Roche contra Reino Unido, de 19 de octubre de 2005; caso Z y otros contra Reino Unido, de 10 de mayo de 2001, y caso Fayed contra Reino Unido, de 21 de septiembre de 1994). Es decir, en contra de lo que señalaba OVEJERO PUENTE, el TEDH ha considerado compatible con el artículo 6.1 del CEDH la existencia de restricciones sustantivas que limiten o impidan el ejercicio de acciones. No obstante, señala GRABENWARTER[186] que deben estimarse contrarios a este derecho de acceso, entre otros, los formalismos excesivos que conduzcan a una resolución de inadmisión, en particular cuando sean consecuencia de un defecto del tribunal (SSTEDH en los casos Dattel (nº 2) contra Luxemburgo, de 30 de julio de 2009 y (GS) RTBF contra Bélgica, de 29 de marzo de 2011) o los obstáculos técnicos para el acceso a los tribunales, tales como la negativa a registrar acciones presentadas electrónicamente por falta del equipo técnico para tramitarlas si la posibilidad de la presentación electrónica está prevista en el derecho interno ni puede ser considerada un abuso del proceso o inapropiada de otra manera (STEDH en el caso Lawyer Partners, A.S. contra Eslovaquia, de 16 de junio de 2009).

Dentro de esas limitaciones sustantivas cabe referirse aquí a la que recaería sobre los actos de guerra, en su consideración de actos de política exterior excluidos de control judicial en buena parte de los ordenamientos nacionales de los Estados parte del Consejo de Europa. La cuestión es abordada en la citada STEDH del caso Markovic y otros contra Italia, en la que los demandantes reclamaban una indemnización por el fallecimiento de sus familiares con ocasión de los bombardeos durante la guerra de Kosovo por aviones de la OTAN que partían desde bases del Ejército del Aire italiano. El Tribunal de Casación italiano rechazó la pretensión y el TEDH apoya sus argumentos señalando que *"la imposibilidad para los recurrentes de demandar al Estado deriva no de una inmunidad sino de los principios que rigen el derecho de acción material en la*

[186] GRABENWARTER, C. (2014:129-130).

legislación interna. Ahora bien, según la tendencia jurisprudencial interna de la época, no había en este tipo de asunto ninguna posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado. No hubo pues una restricción al acceso a un tribunal del orden de la tratada en el asunto Ashingdane".

Debe, sin embargo, hacerse mención de la existencia de voto discrepante de 7 de los 17 magistrados y dos votos que, aunque concordantes, disienten de la argumentación seguida por la mayoría. El voto discrepante se expresa en los siguientes términos, que considero necesario reproducir: *"Se puede fácilmente reconocer que el carácter discrecional –y, en ocasiones, totalmente discrecional– de los actos políticos puede llevar a la exclusión de todo derecho de impugnación. En este sentido, tal exclusión puede justificarse por la naturaleza misma de la función ejercida por el gobierno y por el deseo de proteger la libertad de decisión política. Tal exclusión no afecta solamente a ámbitos como las relaciones exteriores, la defensa nacional y la seguridad colectiva. Pero para ser compatible con el principio de la preeminencia del derecho y con el derecho de acceso a un tribunal que de ella deriva, esta exclusión encuentra evidentemente sus límites en las normas de derecho que encuadran y delimitan el ejercicio de la atribución gubernamental en cuestión (acto de gobierno). El fin legítimo mencionado anteriormente no puede ir más allá del ámbito de la discreción que la autoridad gubernamental ejerce legítimamente, dentro de los límites de las normas de derecho".* A mi juicio, tal opinión resulta coincidente con el criterio mantenido por nuestros tribunales[187] acerca del control jurisdiccional de los actos políticos, que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.a) de nuestra LJCA, posibilita la protección de los derechos fundamentales, el control de los elementos reglados -dentro de los que debe incluirse el fin, de acuerdo con el artículo 34 de la LPAC- y la determinación de las indemnizaciones procedentes en relación con los denominados actos políticos, incluidos los de guerra.

[187] Al respecto, por todas, las SSTS (Sala III) de 28 de junio de 1994 (Rec. 7105/1992), 4 de abril de 1997 (Recs. 602/1996, 634/1996 y 726/1996) o 20 de noviembre de 2013 (Rec. 13/2013).

Respecto a los límites de índole procesal, lo determinante será establecer si los mismos vulneran el derecho de acceso a un tribunal. Al respecto, ya la STEDH en el caso Ashingdane contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985[188], señalaba que *"las limitaciones aplicadas no pueden restringir el acceso abierto al individuo de una forma o hasta un punto tal que se ataque la sustancia misma del derecho […]. Además, solamente se concilian con el artículo 6.1 si persiguen un fin legítimo y si existe una proporción razonable entre los medios empleados y el fin perseguido".*

Así, en el concreto ámbito de los derechos de los militares, el TEDH estimó contrario al derecho de acceso a los tribunales la limitación establecida en la legislación procesal turca conforme a la cual se impedía modificar al demandante sus pretensiones en el curso de un proceso en el orden administrativo. En el caso concreto, Fatma Nur Erten y Adnan Erten contra Turquía, STEDH de 25 de noviembre de 2014[189], se trataba de la reclamación económica por la muerte de un hijo durante la prestación de su servicio militar, cuantía que quería modificarse al asignársele un mayor valor en el informe pericial solicitado por el órgano judicial. El TEDH considera que *"es evidente que los demandantes no pudieron presentar una solicitud completa dentro del plazo legal de remisión, ya que su perjuicio sólo se valoró posteriormente en el procedimiento ante el Tribunal Supremo Administrativo Militar. Ciertamente, podrían haber reclamado una cantidad mucho mayor desde el principio para anticipar una estimación alta. Sin embargo, a juicio del tribunal, en las circunstancias del caso, sería contrario a una buena administración de justicia exigir a los demandantes que exagerasen deliberadamente el importe de su pretensión a fin de garantizar que sea superior*

[188] Postura reiterada con posterioridad de forma constante, entre otras en las SSTEDH caso Tinnelly & Sons Ltd y otros y McElduff y otros contra Reino Unido, ambas de 10 de julio de 1998; caso Kadlec contra República Checa, de 25 de mayo de 2004.

[189] En el mismo sentido, la STEDH en el caso Tamer Tanrikulu contra Turquía, de 29 de noviembre de 2016.

al resultado de una pericia que ha de ser ordenada en el curso del procedimiento por el Tribunal Supremo Administrativo Militar".

En cuanto a límites derivados de la propia condición de militar, ha de hacerse referencia a la DTEDH en el caso Graham Dyer contra Reino Unido, de 9 de octubre de 1984. Se planteaba la cuestión de si el Estado británico podía establecer restricciones de acceso a los tribunales en relación con la reclamación de responsabilidad civil por parte del Sr. Dyer, suboficial que había sufrido un accidente durante la prestación de servicio en las Fuerzas Armadas. La legislación británica excluía la posibilidad de ejercitar acciones civiles contra el personal de las Fuerzas Armadas o el Estado por los daños causados por dicho personal en el desarrollo de sus funciones o en lugares destinados a sus misiones contra otro miembro de las Fuerzas Armadas. Comienza señalando que *"si el artículo 6.1 fuera interpretado en el sentido de que un Estado Parte puede suprimir la jurisdicción de los tribunales a determinadas clases de reclamaciones civiles o conferir inmunidades de responsabilidad a ciertos colectivos respecto a sus actuaciones, sin ninguna posibilidad de control por los órganos del Convenio, no existiría protección contra el peligro de un poder arbitrario* [...]. *La cuestión, por tanto, que surge en el presente contexto es si la Sección 10 de la 1947 Act* -la norma que establecía la exclusión- *constituye una limitación arbitraria a las reclamaciones civiles del recurrente".* Y concluye: *"La Comisión considera legítimo que las autoridades del Estado establezcan que los militares, como grupo, se encuentran expuestos a riesgos de muerte y lesión por la propia naturaleza de su trabajo y preparación y estén sometidos a mayor riesgo que otros grupos profesionales de la sociedad. Además, la estrecha relación que existe entre los miembros de las Fuerzas Armadas, que a menudo determina una especial dependencia y solidaridad entre empleos, puede operar en situaciones particulares para limitar la elección de acciones o el comportamiento que les es permitido. Este elemento los distingue de los civiles y representa un factor que*

puede ser legítimamente tomado en consideración por el Estado en la regulación de la responsabilidad civil respecto a las Fuerzas Armadas".

En realidad, se trata de una argumentación muy similar a la que siguió nuestro TC desde el ATC 121/1984, de 29 de febrero, en el que señalaba: *"La importante función que el artículo 8.1 de la CE asigna a las Fuerzas Armadas, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional para el logro de los altos fines que han de cumplir según dicha norma específica, lo que exige por su naturaleza una configuración idónea y eficaz, de las que entre otras singularidades deriva el reconocimiento en el artículo 117.5 de la Ley Superior, de una jurisdicción militar específica en el ámbito penal castrense, diversa por sus peculiaridades a la jurisdicción ordinaria, y muy especialmente en el supuesto que afecte a las relaciones existentes entre el personal militar en sus diferentes grados, al exigir la profesión castrense por su especial naturaleza una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, manifestada por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y que es factor de obligada conexión que obliga a todos por igual, como claramente se deriva de las Reales Ordenanzas militares vigentes, en sus artículos 1, 10, 11, 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203, entre otros.*

Esta especificidad y singularidad de la jurisdicción militar, es la que determina y justifica el carácter constitucional del mandato del artículo 452.2 del CJM prohibiendo, por regla general, el ejercicio de la querella en los procesos castrenses, y que afecta al supuesto de examen, referido al inferior, que aun constreñido por la disciplina y unidad indicadas, implícitamente quería ejercitarla contra el superior, por la presencia de un presunto delito, rompiendo incluso con el monopolio acusador del Fiscal Jurídico Militar, puesto que debe entenderse como valor preferente el carácter militar de la situación creada y el mantenimiento de la vinculación y disciplina en el Ejército…". Es decir, razonaba

que los particulares valores y principios organizativos que caracterizan a las Fuerzas Armadas justificaban una limitación del ejercicio de la tutela judicial efectiva, incluso tratándose de la protección en el ámbito penal. La argumentación fue mantenida posteriormente en las SSTC 97/1985, de 29 de julio y 180/1985, de 19 de diciembre.

Sin embargo, el criterio variaría en la STC 115/2001, de 10 de mayo, justificando ese cambio jurisprudencial atendiendo a que se trata de preceptos distintos -aquí los artículos 108 de la LOCOJM y 127 de la LOPM que reconocían la posibilidad de accionar cuando no existiera relación jerárquica, pero no en caso contrario- y que, además, de estimar el amparo solicitado, plantea la denominada auto cuestión de inconstitucionalidad contra dichos preceptos, cuestión que culminaría en la STC 179/2004, de 21 octubre, que declaró los referidos artículos contrarios a la CE. Otro tanto sucedería con las restricciones impuestas para el planteamiento del recurso contencioso-disciplinario que se preveían en las letras b) y c) del artículo 468 de la LOPM y que fueron declarados inconstitucionales, respectivamente, por las SSTC 31/2000, de 3 de febrero, y 177/2011 de 8 noviembre[190]. Esta evolución de nuestro TC puede hacer cuestionar la vigencia del argumento seguido por el TEDH en el comentado caso Dyer contra Reino Unido.

2.3. Las inmunidades de jurisdicción como restricciones de acceso a los tribunales y su particular relevancia en relación con las Fuerzas Armadas.

Ya se analizó en el capítulo I el concepto de "jurisdicción" establecido por el artículo 1 del CEDH como condicionante de la aplicación del mismo y su incidencia en el ámbito militar. En sentido opuesto una inmunidad de jurisdicción, entendida como *"la imposibilidad en que se encuentra el tribunal de un Estado para decidir un litigio en el que figure como demandando un Estado*

[190] Un prolijo análisis de la cuestión en: FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (2015) *Los derechos fundamentales de los militares, Madrid:* Ministerio de Defensa, pp. 573-605.

extranjero"[191]*,* actúa como circunstancia limitativa del acceso a los tribunales de justicia. Dicha limitación se extiende al personal de las misiones diplomáticas de acuerdo con la Convención de Viena de 1961, sobre relaciones diplomáticas y va a comprender también la personal militar de otro Estado bajo determinados supuestos, como veremos, En torno a la consideración de estas inmunidades de jurisdicción se ha pronunciado el TEDH en diversas resoluciones, analizando su compatibilidad con las previsiones del artículo 6.1 del CEDH. Como ya se puso de manifiesto, la actuación cada vez más generalizada de las Fuerzas Armadas fuera de las fronteras del Estado al que pertenecen, generalmente amparada por la existencia de acuerdos o tratados que reconozcan esa inmunidad de jurisdicción, hace que la cuestión resulte de particular interés para nuestro estudio.

La STEDH en el caso Fogarty contra Reino Unido, de 21 de noviembre de 2001, tras referirse a la posibilidad de limitación del derecho de acceso a los tribunales, señala que *"…la inmunidad soberana es un término de derecho internacional, desarrollado a partir del principio par in parem non habet imperium, en virtud del cual un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro Estado. El Tribunal considera que la concesión de inmunidad soberana a un Estado en los procesos civiles persigue el fin de cumplir con el derecho internacional que promueve el respeto y las buenas relaciones entre Estados a través del respeto de la soberanía de otros Estados.* […] *Así como el derecho de acceso a los tribunales es parte inherente del derecho a un juicio justo en ese artículo, algunas limitaciones en el acceso deben estimarse como inherentes, un ejemplo serían estas limitaciones generalmente aceptadas por la comunidad de naciones como parte de la doctrina de la inmunidad del Estado"*[192]*.*

[191] PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2023)*, Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 27ª ed., Madrid, Tecnos, p. 563.

[192] Sin embargo, la STEDH en el caso Cudak contra Lituania, de 23 de marzo de 2010, acota ese ámbito de las inmunidades invocando el Convenio de inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus propiedades adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2004. En virtud del mismo se excluían, en principio, la aplicación de inmunidad a los contratos de trabajo del personal de las misiones

En relación con la actuación de las Fuerzas Armadas resulta particularmente interesante la DTEDH caso "Fundación madres de Srebrenica" y otros contra Países Bajos, de 11 de junio de 2013, anteriormente mencionada (ver nota 31). La resolución abordaba un asunto tan sumamente complejo como la admisibilidad del recurso formulado por una organización de familiares de víctimas de la masacre de Srebrenica[193] invocando el derecho de acceso a los tribunales frente a la negativa de Países Bajos a resolver sobre la responsabilidad de las Fuerzas Armadas neerlandesas (a las que pertenecía el batallón encargado de la protección de la zona desmilitarizada fijada por Naciones Unidas en torno a Srebrenica) al ampararse en la inmunidad reconocida a Naciones Unidas. Tras efectuar una detallada exposición del macabro episodio origen del proceso, de los pronunciamientos que internacionalmente había motivado y de los procesos judiciales seguidos por las organizaciones recurrentes, respecto a la cuestión que ahora abordamos, la resolución compendia la jurisprudencia del TEDH en relación con las inmunidades como límite al derecho de acceso a los tribunales y, más concretamente, en referencia a las organizaciones internacionales señala que *"la*

diplomáticas en el extranjero. No obstante, señala la sentencia, *"esa excepción estaba asimismo sometida a excepciones por las que, en esencia, la inmunidad se seguía aplicando al personal diplomático y consular en casos donde: el objeto de la disputa era la selección, renovación de empleados o reincorporación de un individuo; el empleado era un nacional del Estado empleador; o, por último, el Estado empleador y el empleado lo acordaran de otro modo por escrito".* Considera el TEDH que, aun cuando el mencionado Convenio no había sido ratificado por Lituania, tales disposiciones resultaban aplicables en dicho país en su consideración de costumbre internacional y del derecho interno lituano, ya que el Tribunal Supremo había adoptado una decisión relativa a la "Practica Judicial en la República de Lituania sobre la aplicación de reglas de derecho internacional privado" conforme a la cual la inmunidad de los Estados proclamada en el código civil resultaba aplicable únicamente sobre las *"relaciones legales regidas por el derecho público",* pero no respecto de las de derecho privado. Tras esa argumentación concluye estimando la conculcación del derecho de acceso a los tribunales de la recurrente al habérsele negado el acceso a los tribunales lituanos en su reclamación de una indemnización por su despido como empleada de la embajada de Polonia en Vilnus.

[193] Una esclarecedora explicación de lo sucedido puede encontrarse en: MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, R. (2008) "Consecuencias de la actuación de la ONU en Srebrenica"*, Boletín de Información*, Nº. 306, pp. 25-42; Otros estudios relevantes de la cuestión: HERMAN, E. S. (2006) "The Approved Narrative of the Srebrenica Massacre", *International journal for the semiotics of law,* Nº. 4, pp. 409-434; KATZ COGAN, J. (2013) "Stichting Mothers of Srebrenica v. Netherlands"*, American Journal of International Law*, Vol. 107, Nº. 4, pp. 884-890; RYNGAERT, C. y SCHRIJVER, N. J. (2015) "Lessons learned from Srebrenica massacre: from UN peacekeeping reform to legal responsibility"*, Netherlands international law review*, Vol. 62, Nº. 2, pp. 219-227.

atribución de privilegios e inmunidades a las organizaciones internacionales es un medio esencial para asegurar el propio funcionamientos de tales organizaciones libre de la unilateral interferencia de concretos gobiernos". Pero, por otro lado, afirma que *"No sería acorde con el Estado de derecho en una sociedad democrática ni con el principio básico subyacente en el artículo 6.1 –que determina la facultad de que las acciones civiles sean sometidas a un juez para su resolución- si un Estado pudiera, sin restricción ni control por parte de los órganos aplicadores del Convenio, excluir de la jurisdicción de los tribunales una amplia categoría de acciones civiles o conferir inmunidades frente a la responsabilidad civil de determinadas categorías de personas".*

Respecto al caso concreto -y siguiendo con lo ya expuesto en el capítulo I-, la resolución analiza las específicas alegaciones formuladas por los recurrentes. En primer lugar, en relación con la naturaleza de la inmunidad conferida a las Naciones Unidas, tras exponer que las operaciones de mantenimiento de la paz pueden considerarse como "órganos subsidiarios" de Naciones Unidas, toda vez que la organización ostenta el mando y control sobre las mismas y asume su financiación, señala que *"[s]ometer tales operaciones al ámbito de la jurisdicción interna sería permitir a los Estados individuales, a través de sus tribunales, interferir en el cumplimiento de la misión clave de las Naciones Unidas en este ámbito, incluso en la conducción efectiva de sus operaciones".* Respecto a la invocación de la naturaleza de la reclamación de los recurrentes y su fundamento en una violación del Derecho Internacional, la resolución declara que *"el Derecho Internacional no ampara la idea de que una reclamación civil deba invalidar la inmunidad frente a demandas por la sola razón de que se basa en alegaciones de violaciones particularmente graves de una norma internacional, incluso una norma de ius cogens".* En cuanto a la consideración de que no existía una jurisdicción alternativa para conocer de su reclamación, el TEDH, pese a reconocer la inexistencia en este caso de medios adecuados de resolución ni por parte de Países Bajos ni de Naciones Unidas, considera que *"de ello no deriva, sin*

embargo, que en ausencia de un medio alternativo el reconocimiento de la inmunidad sea ipso facto constitutivo de una violación del derecho de acceso a un tribunal". Tampoco puede establecerse que Países Bajos tuviera obligación, en virtud del artículo 6 del CEDH, de procurar una vía de recurso a través de sus tribunales internos. Finalmente, en lo referido a la manifestación de los recurrentes de que Países Bajos había atribuido toda la responsabilidad de la masacre a las Naciones Unidas en el conocimiento de que esta gozaba de inmunidad, el Tribunal argumenta que las reclamaciones formuladas por algunos de los recurrentes contra el Estado neerlandés no han de ser necesariamente rechazadas ya que se encuentran pendientes del recurso de casación formulado ante el Tribunal Supremo después de que el Tribunal de Apelación de La Haya declarase la responsabilidad del Estado y del propio batallón holandés encargado de la protección de Srebrenica por las muertes de individuos en dicha masacre[194]. Por todo ello, el TEDH no aprecia que exista una conculcación del derecho de acceso a los tribunales.

Como señalaba más arriba, la cuestión puede ser de suma relevancia en relación con el actuar de las Fuerzas Armadas. Sin extenderse en su análisis, cabe hacer mención de las restricciones que los artículos VII y VIII del SOFA OTAN[195], los artículos 39 a 44 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa, hecho en Madrid el 1 de diciembre de 1988[196], o los artículos 14 a 23 del Tratado relativo al Eurocuerpo y al Estatuto

[194] El Tribunal Supremo holandés (Hoge Raad) dictó sentencia el 19 de julio de 2019 confirmando la responsabilidad del estado holandés por los hechos de Srebrenica (versión en inglés de la sentencia en https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:1284). Un estudio de esta resolución lo encontramos en RYNGAERT, C. y SPIJKERS, O. (2019) "The End of the Road: State Liability for Acts of UN Peacekeeping Contingents After the Dutch Supreme Court's Judgment in Mothers of Srebrenica (2019)", *Netherlands international law review,* Vol. 66, Nº 3, pp. 537-553.

[195] Instrumento de Adhesión de España de fecha 17 de julio de 1987, publicado en el BOE de 10 de septiembre de ese mismo año.

[196] Publicado en el BOE de 6 de mayo de 1989.

de su Cuartel General, hecho en Bruselas el 22 de noviembre de 2004[197], establecen al ejercicio de la jurisdicción del denominado país receptor respecto a los delitos, infracciones o daños causados en el mismo por personal de las Fuerzas Armadas o sus acompañantes de los denominados estados origen. Por otro lado, en aquellos supuestos en los que la misión encomendada a las Fuerzas Armadas en otro país no se rija por alguno de esos instrumentos o se vea amparada por la inmunidad otorgada a una organización internacional, es habitual que se firme un acuerdo con el país receptor acerca del estatuto de la fuerza en el mismo, en el que suele adoptarse una inmunidad de jurisdicción en relación con las actuaciones desarrolladas en el curso de la misión.

A la vista de todo lo anterior, la conclusión que cabe alcanzar es que, ante una inmunidad de jurisdicción, los Estados parte del CEDH deben cuestionarse si la actuación del sujeto al que se otorga esa inmunidad actuaba dentro del ámbito de atribuciones que justificaban tal inmunidad. En lo referido a la actuación de las Fuerzas Armadas, por tanto, debe distinguirse si actúan en su condición de tales o como meros sujetos de derecho privado y, en cualquier caso, se encontrarán revestidas de inmunidad si la acción u omisión de las mismas, origen del proceso, se establece en el desempeño de las funciones otorgadas por una organización internacional que disfruta de esa inmunidad como son Naciones Unidas, la OTAN, etc., pero también cuando así aparezca reconocido en un acuerdo internacional. Es decir, en mi opinión la valoración que pueda hacerse acerca de una inmunidad será diferente si la actuación de las Fuerzas Armadas en cuestión tiene lugar como integrante de una organización internacional o como agentes del Estado al que pertenecen. En el primer supuesto, la inmunidad impedirá el ejercicio de toda acción contra ese Estado, sin perjuicio de que la legislación interna del mismo contemple alguna vía de resolución de la controversia. En el segundo, sin embargo, cabrá entrar a valorar si puede estimarse la existencia de alguna

[197] Instrumento de Ratificación hecho en Madrid el 8 de noviembre de 2005 y publicado en el BOE de 17 de julio de 2009.

responsabilidad del Estado en relación a sus agentes -en este caso los miembros de sus Fuerzas Armadas- y si cabe, como se analizó en el capítulo I, apreciar la aplicabilidad extraterritorial del CEDH.

2.4. El establecimiento de medios efectivos para el acceso. La asistencia jurídica, incluso gratuita.

El TEDH, tras reconocer –como hemos visto- el derecho de acceso a los tribunales como parte integrante del derecho a un juicio justo, ha ido más allá señalando que *"[e]l Convenio se constituye para la protección de derechos considerados no en sentido teórico o ideal, sino como derechos reales y efectivos"* (SSTEDH en el caso Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979, y en el caso Waite y Kennedy contra Alemania, de 18 de febrero de 1999, entre otras). Por ello, considera que *"un impedimento fáctico puede violar el Convenio tanto como uno jurídico"* (STEDH en el caso Golder contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1975). *"Es más, el cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio en ocasiones requiere acciones positivas por parte del Estado; en esos casos, el Estado no puede permanecer pasivo* [...] *El deber de asegurar el derecho a un acceso efectivo a los tribunales entra en esa categoría de deberes"* (STEDH en el caso Airey contra Irlanda, ya citada). Así, la STEDH en el caso Moldovan y otros contra Rumania, de 12 de julio de 2005, afirma que *"el requisito de acceso al tribunal debe ser garantizado no solo en la ley sino también en la práctica, impidiendo que el recurso carezca de accesibilidad y efectividad".*

Uno de los elementos que puede condicionar el acceso a los tribunales es el de los plazos procesales, cuestión sobre la que se ha pronunciado con profusión el TEDH. En la STEDH en el caso Eşin contra Turquía, de 17 de septiembre de 2013, relativa a la reclamación formulada por un soldado por una lesión sufrida en acto de servicio, establece que *"mientras el derecho al ejercicio de la acción está obviamente sometido a requisitos procesales, los tribunales vienen obligados a aplicar las reglas de procedimiento prescindiendo tanto de un excesivo*

formalismo que menoscabaría la imparcialidad de los procedimientos, como de una excesiva flexibilidad que dejaría sin valor los requisitos procesales establecidos en las normas [...] En efecto, el derecho de acceso a un órgano jurisdiccional se ve menoscabado cuando las normas dejan de cumplir los objetivos de seguridad jurídica y de adecuada administración de justicia y constituyen una especie de barrera que impide al litigante que su caso sea determinado sobre el fondo por el órgano jurisdiccional competente".

En este contexto, también puede resultar determinante la consideración de circunstancias relacionadas con la actuación de las Fuerzas Armadas. La STEDH en el caso Akdivar y otros contra Turquía, de 16 de septiembre de 1996, versa sobre una reclamación por vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar, deducida en relación con la destrucción por parte del ejército turco de la vivienda de los recurrentes con ocasión de la lucha contra el grupo terrorista pro kurdo PKK. Enfatiza el Tribunal en la particular situación que sufría la región sudeste del país (Kurdistán turco), sujeta a la ley marcial en el momento de los hechos, y donde, pese a la extensión del problema de destrucción de viviendas por el conflicto, el gobierno turco no aportaba ejemplos de indemnizaciones o procedimientos de investigación derivados de reclamaciones formuladas cuando se decían producidas por las fuerzas gubernamentales. A ello debe unirse, señala el TEDH, *"la inseguridad y vulnerabilidad de la posición de los recurrentes tras la destrucción de sus casas y el hecho de que pasaran a ser dependientes de las autoridades en lo relativo a sus necesidades básicas. Por contra, las perspectivas de éxito de procedimientos referidos a unas alegaciones contra las fuerzas de seguridad debían considerarse insignificantes a falta de investigación oficial sobre sus alegaciones, aun suponiendo que hubieran podido asegurar los servicios de abogados dispuestos a presentar sus demandas ante los tribunales".*

La STEDH en el caso Khamidov contra Rusia, de 15 de noviembre de 2007 aborda la cuestión desde el planteamiento de la existencia de medios alternativos

de salvaguarda del derecho de acceso a un tribunal. Ante el reconocimiento por parte del propio gobierno ruso de las dificultades para garantizar el funcionamiento del sistema judicial en Chechenia entre octubre de 1999 y enero de 2001, considera que debieron adoptarse medidas encaminadas a garantizar a los ciudadanos el derecho de acceso a los órganos judiciales *"por ejemplo, autorizando específicamente la formulación de reclamaciones, tales como la del recurrente, en un tribunal de otra región de Rusia. […] Teniendo en cuenta el hecho de que el recurrente fue completamente privado de cualquier oportunidad de obtener la protección judicial de sus derechos".*

En sentido opuesto, sin embargo, la STEDH en el caso Loncar contra Bosnia y Herzegovina, de 25 de febrero de 2014[198], no aprecia vulneración del derecho de acceso a un tribunal en el hecho de que los tribunales bosnios rechazaran por extemporánea una demanda por despido producido durante la guerra en ese país. Señala la sentencia que *"en virtud de la legislación pertinente, cada tribunal estaba obligado a recibir cualquier reclamación, con independencia de su jurisdicción, a su registro y a su traslado al tribunal competente en caso de que fuera necesario […] a partir de las observaciones realizadas por el Gobierno, según las cuales, veintiocho juzgados de primera instancia ubicados en varias ciudades del Estado demandado, estaban en funcionamiento durante la guerra de 1992-1995. Todos ellos habían recibido diversas reclamaciones durante este tiempo, incluyendo las reclamaciones relativas a los conflictos laborales. Es cierto que ninguno de estos procedimientos fue iniciado por un demandante que estuviera fuera de Bosnia y Herzegovina en el momento de los hechos, como el demandante. Sin embargo, el Tribunal no considera que esto en sí mismo, sea suficiente para concluir que el demandante fuera dispensado de la obligación de hacer la reclamación en el plazo establecido. El Tribunal es consciente de que Sarajevo estuvo bloqueado durante la guerra. Sin embargo, el servicio postal se*

[198] De análogo tenor son las SSTEDH en el caso Novakovic contra Croacia, de 23 de julio de 2015, o en el caso Itslayev contra Rusia, de 9 de octubre de 2008.

encontraba operativo en otros lugares, incluyendo, por ejemplo, Tuzla (ciudad situada al noroeste de Bosnia y Herzegovina que, como Sarajevo, se encontraba en el momento de los hechos, bajo el control de las Fuerzas Armadas de la entonces República de Bosnia y Herzegovina). El demandante no hizo uso de los recursos existentes en el sistema judicial del Estado demandando, que evidentemente se encontraba operativo durante la guerra". Tampoco la STEDH en el caso Khlebik contra Ucrania, de 25 de julio de 2017, aprecia la vulneración del derecho de acceso a los tribunales por la imposibilidad de los órganos jurisdiccionales de atender un recurso de apelación cuando la región ucraniana de Luhansk, donde tenía su sede el tribunal, se encontraba inmersa en conflictos entre tropas rusas, rebeldes pro rusos y el ejército ucraniano.

En mi opinión, estas resoluciones pueden ser interpretadas en el sentido de que el acceso a los órganos jurisdiccionales debe atender a las particulares circunstancias en que se reclama la tutela judicial a la que sirve y, en el caso concreto de los militares, no podrá verse obstaculizado en situaciones de realización de operaciones u otras semejantes que deben merecer una atemperación de los requisitos formales que puedan resultar aplicables en situaciones de normalidad. En este orden de cosas, sería aconsejable que las leyes procesales militares incorporasen alguna previsión relativa a los plazos y condiciones necesarios para garantizar el derecho de acceso a los tribunales por parte de los militares que se encuentren en situaciones que -aunque habituales- suponen una anormalidad, tales como maniobras, misiones o comisiones de servicio.

2.4.1. El derecho de asistencia jurídica como medio de acceso al proceso.

Dentro de los medios cuya privación puede suponer una conculcación del derecho de acceso a los tribunales ocupa un lugar preeminente el de la asistencia letrada. Al margen de la previsión contenida en el artículo 6.3.c) -referida al acusado en un proceso penal-, el TEDH pronto reconoció que dicha asistencia

letrada podía constituir un elemento clave del derecho de acceso al proceso. Así, la ya citada STEDH en el caso Airey contra Irlanda, consideró vulnerado el artículo 6.1 del CEDH, en su dimensión de acceso al tribunal, ante la inexistencia de ayudas económicas por parte de Irlanda en los casos de separación matrimonial, obligando a la demandante, Sra. Airey, a defender su acción por sí misma ante la Corte Suprema de su país. De forma significativa señala que *"a pesar de la ausencia de una cláusula similar para los procesos civiles, el artículo 6.1 puede en ocasiones obligar a un Estado a proveer de esa asistencia jurídica cuando se demuestre el carácter indispensable de ésta para un acceso efectivo ante los tribunales, ya sea porque sea legalmente exigida la asistencia de Letrado, […], ya por la complejidad del procedimiento o del caso",* extremo este último que es el que considera que concurría en el supuesto enjuiciado.

En un contexto de defensa de derechos de carácter civil por parte de militares, puede citarse la STEDH en el caso Kiran contra Turquía, de 10 de enero de 2012[199], en la que un soldado, excluido del servicio militar por motivos psiquiátricos, reclamaba que la enfermedad derivaba del trato recibido en las Fuerzas Armadas. A pesar de acreditar su situación de pobreza, el Tribunal Supremo Administrativo Militar rechazó su solicitud de asistencia jurídica sin indicar una específica justificación, citando únicamente la legislación aplicable. Por ello, el TEDH considera que *"la denegación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita del recurrente, le privó de la posibilidad de defender su caso ante un tribunal y concluye que en el presente caso se ha producido una restricción desproporcionada del derecho de acceso a un tribunal del recurrente".*

[199] En el mismo sentido las SSTEDH en el caso Eyüp Kaya contra Turquía, de 23 de septiembre de 2009, y en el caso Alkan contra Turquía, 7 de febrero de 2012.

2.5. El acceso a la documentación relativa a la controversia como medio de acceso al proceso.

El TEDH ha considerado el derecho de acceso a la documentación integrante del expediente judicial o de la controversia previamente suscitada (p. ej. el procedimiento administrativo) como un elemento del principio de igualdad de armas que, como se ha dicho, constituye una de las manifestaciones del derecho a un proceso equitativo proclamado en el artículo 6.1. De forma ejemplificativa, la STEDH (GS) caso Öcalan contra Turquía, de 12 de mayo de 2005, al analizar la invocación por la defensa de la escasez de tiempo en el acceso al expediente judicial señalaba que *"[e]l principio de igualdad de armas es solo una muestra del concepto más amplio del proceso equitativo, que también incluye el derecho fundamental a que todo proceso penal sea contradictorio. El derecho a un proceso contradictorio significa, en los supuestos penales, que tanto la acusación como la defensa deben disponer de las mismas oportunidades para tomar conocimiento y rebatir las observaciones efectuadas y las pruebas presentadas por la otra parte. Varias vías son concebibles para que la ley nacional atienda a este requisito. Sin embargo, cualquiera que sea el método elegido, debe asegurar que la otra parte tendrá conocimiento de las observaciones efectuadas y dispondrá de una oportunidad real de rebatirlas."* El caso, de significativa relevancia y complejidad, contenía unas 17.000 páginas de documentación, para cuyo análisis la defensa del Sr. Öcalan dispuso de veinte días. Por ello, concluye la sentencia a este respecto que *"[e]s, por tanto, razonable suponer que, de habérsele permitido estudiar directamente las pruebas de la acusación por un período de tiempo suficiente, el recurrente habría podido identificar otros argumentos relevantes para su defensa de aquellos que sus abogados invocaron sin esa posibilidad".* De esta forma estima la vulneración del artículo 6.1 en relación con el apartado b) del artículo 6.3, relacionando así ese acceso a la documentación del proceso con el derecho a la adecuada preparación de la defensa y, en particular, con el tiempo disponible al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, no resultan insólitos los casos en los que la controversia misma requiere para su planteamiento del acceso a documentación en poder de una de las partes. La hipótesis resulta incontrovertida en los procedimientos frente a la Administración Pública en los que a menudo la mayor parte del acervo probatorio se encuentra en posesión de esta. Es por ello que, aunque en cierto modo diferenciable del supuesto de acceso al expediente judicial, considero que la posibilidad de disponer de la documentación referida a la controversia incide en el acceso mismo al proceso. Asimismo -como ha quedado expuesto-, se encuentra estrechamente conectado con el derecho a la adecuada preparación de la defensa, reconocido en el artículo 6.3.b) del CEDH, pero este último se restringe al ámbito del proceso penal, mientras que en el contexto del artículo 6.1 este acceso a la documentación se extiende a los *"litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil"* y se configura como un elemento conectado a esa posibilidad de accionar ante los tribunales al estimar que la negativa de acceso a cierta documentación puede constituir, en sí misma, un obstáculo insalvable para el acceso al proceso.

La cuestión resulta particularmente significativa en relación a los derechos de los militares, dado el carácter clasificado de parte de la información relativa a sus actuaciones. Un supuesto que aborda esta circunstancia es el analizado en la STEDH en el caso McGinley y Egan contra Reino Unido, de 9 de junio de 1998, en la que dos ex militares británicos que sirvieron en Christmas Island (Kiribati) en el año 1958, cuando Reino Unido llevó a cabo varias pruebas nucleares, cuestionaban la negativa a un aumento de pensión al habérseles negado el acceso a parte de sus documentaciones médicas y otros datos relevantes en posesión de las autoridades militares. La sentencia rechaza tal alegación al considerar que los demandantes no han demostrado que el Estado les negase o impidiese el acceso a documentación relativa a su exposición a la radiación derivada de esas pruebas, sin embargo afirma que *"si el Estado demandado hubiera, sin justa causa, impedido a los recurrentes obtener el acceso, o*

falsamente hubiera negado la existencia, de documentos en su poder que les hubieran apoyado a acreditar ante el PAT (*Pensions Appeal Tribunal /* Tribunal de Apelación de Pensiones) *que habían sido expuestos a niveles peligrosos de radicación, habría sido una denegación de un juicio justo en violación del artículo 6.1".* Aunque no referida a militares, la STEDH en el caso K. H. y otros contra Eslovaquia, de 28 de abril de 2009, declaró la conculcación del derecho de acceso a los tribunales ante la negativa, desproporcionada según el Tribunal, a acceder a los historiales médicos en que las demandantes podían fundamentar sus reclamaciones.

Ya con anterioridad había estimado la vulneración del artículo 6.1 en la STEDH en el caso Kerojärvi contra Finlandia, de 19 de julio de 1995, por unos hechos semejantes. Se trataba de un excombatiente de la Segunda Guerra Mundial que reclama una pensión por diversas patologías sufridas durante la misma, señalando que el rechazo de su petición en la primera instancia se produjo sin que pudiera acceder al expediente seguido por las autoridades militares. En el contexto de los hechos, constituía una práctica común que el tribunal de primera instancia no trasmitiera el criterio de la Oficina de Compensación y la documentación militar al recurrente, a pesar de que carecía de asistencia letrada. Para el TEDH el hecho de que el Tribunal Supremo, al efectuar la revisión del caso, no adoptase ninguna medida para poner la documentación a disposición del recurrente, culminó la falta de equidad del proceso.

La STEDH en el caso Moiseyev contra Rusia, de 9 de octubre de 2008, revisa la condena impuesta al recurrente por un delito de alta traición en su forma de espionaje. Valga como ejemplo de las restricciones de acceso a la documentación del proceso el hecho de que se denegase al acusado una copia del auto de procesamiento bajo la justificación de que contenía información sensible, permaneciendo dicho documento custodiado en un departamento especial de la prisión o en un registro especial del tribunal. No se aclara por el Gobierno ruso si

las notas tomadas por el acusado y sus defensores durante las audiencias también permanecían custodiadas. Bajo tales premisas, el TEDH estima que *"consideraciones de seguridad nacional pueden, en ciertas circunstancias, derivar en la imposición de restricciones procesales en casos que afecten a secretos de Estado. No obstante, incluso cuando la seguridad nacional está en juego, los conceptos de legalidad y Estado de derecho en una sociedad democrática requieren que las medidas que afecten a derechos fundamentales, tales como el derecho a un juicio justo, han de tener un fundamento legal y ser apropiadas para el logro de su función protectora".* De este modo, el TEDH no admite que puedan imponerse tales restricciones de acceso sin justificación legal alguna y sin llevar a cabo medidas adecuadas a la ponderación de los intereses afectados tales como la exclusión de acceso únicamente a ciertos documentos clasificados del proceso o la remisión en los documentos procesales -que de forma general han de ser irrestrictos- a anexos sometidos a especial protección por su contenido. No obstante, el TEDH admite la posible existencia de motivos de seguridad nacional capaces de restringir el acceso del propio justiciable a la documentación del proceso, pero debiéndose llevar a cabo una adecuada ponderación entre, de un lado, esos intereses de la seguridad nacional y, de otro, el derecho de defensa que se anuda a todo proceso equitativo. Así, la STEDH en el caso Nikolova y Vandova contra Bulgaria, de 17 de diciembre de 2013, no estimó que existiera vulneración del artículo 6 por el hecho de que la consulta del expediente judicial estuviera subordinada a la previa obtención de una autorización para el acceso a información clasificada, indicando que *"[l]a necesidad de un abogado de someterse a una evaluación de seguridad antes de concedérsele acceso a tal información en el contexto de procedimientos judiciales no parece infringir en sí mismo el principio de igualdad de armas o, más genéricamente, la equidad de los procedimientos".*

A este respecto, nuestra Ley de Secretos Oficiales –no obstante su carácter preconstitucional- establece en su último artículo, el 14, que *"[l]a calificación de*

secreto o reservado no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones, notificaciones directas a los interesados, sin perjuicio de la eventual aplicación de las sanciones previstas en esta Ley en caso de violación del secreto por parte de los interesados".

Al margen de la invocación de la seguridad nacional, encontramos la STEDH caso Jokšas contra Lituania, de 12 de noviembre de 2013. Aborda el caso de un militar al que se impide prorrogar su permanencia en las Fuerzas Armadas más allá de la edad fijada legalmente, pese a que en otros casos semejantes había sido permitido. El recurrente invoca un trato discriminatorio ante los tribunales nacionales, interesando que se incorporen los expedientes de esos otros militares. El TEDH se pronuncia sobre la incidencia de la denegación de los expedientes relativos a esos otros casos sobre el derecho a un juicio justo reconocido en el artículo 6.1. En primer lugar, rechaza el argumento del gobierno lituano que consideraba que una vez establecida la legalidad del cese del recurrente en su servicio con las Fuerzas Armadas, el resto de circunstancias, incluida su invocación de discriminación, no eran relevantes. Señala el Tribunal que *"[p]ese a que estos tribunales* –en referencia a los tribunales administrativos lituanos- *no estaban obligados legalmente a requerir al mando del recurrente las pruebas que este reclamaba y que él era incapaz de obtener por sí mismo, y sin perjuicio de si los historiales militares de esos cuatro militares habrían probado la posición del recurrente, esas pruebas probablemente tenían un papel preponderante en la valoración de la alegación del recurrente por esos tribunales".* Atendiendo también al derecho a obtener una resolución fundada, considera el TEDH que, ante la petición de prueba concreta y motivada del recurrente, los tribunales lituanos debieron *"asistir al recurrente en la obtención de pruebas y otorgar importancia a ello, o al menos esgrimir las razones por las cuales no era necesario, al denegar al recurrente medios de prueba esenciales para argumentar en el caso. En controversias relativas a derechos civiles, como la*

presente, esa revisión tan limitada no puede ser considerada como una revisión judicial adecuada a lo establecido en el artículo 6.1."

Por su parte la STEDH (GS) en el caso Regner contra Republica Checa, de 19 de septiembre de 2017, aborda el despido de un funcionario al servicio del Ministerio de Defensa por la pérdida de su acreditación de seguridad para el acceso a documentación clasificada, necesaria para el desempeño de sus cometidos. La cuestión debatida es si se vulneró su derecho a la igualdad de armas al denegar el acceso a cierta documentación del proceso, no ya a la parte demandante, sino también al propio tribunal. La sentencia viene a confirmar lo expuesto por la Sala en la STEDH de 26 de noviembre de 2015, estimando que no se vio vulnerado el derecho a la igualdad de armas puesto que *"los tribunales ejercieron debidamente las facultades de control de que disponían en este tipo de procedimientos, tanto en lo que respecta a la necesidad de preservar la confidencialidad de los documentos clasificados como a la justificación de la decisión de revocación de la acreditación de seguridad del demandante, motivando sus decisiones en relación con las circunstancias específicas del presente asunto".* Aunque el órgano judicial correspondiente no tuvo acceso a toda la información sobre el procedimiento seguido al recurrente, sí tuvo la posibilidad de disponer de la documentación necesaria para valorar, por un lado, la adecuación de los argumentos esgrimidos por el Gobierno para negar la desclasificación de cierta información y, por otro, a los razonamientos expuestos en relación con la retirada de la acreditación de seguridad al recurrente.

3. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO, PÚBLICO Y EN UN PLAZO RAZONABLE

3.1. A modo de introducción: el concepto de "proceso equitativo".

El término *fair hearing* que emplea la versión inglesa del artículo 6.1 del CEDH, y que traduciremos como "proceso equitativo", resulta sumamente amplio, pero también esclarecedor. La propia jurisprudencia del TEDH ha venido a establecer los contornos del concepto y, así, la STEDH en el caso Solomun contra Croacia, de 2 de abril de 2015, señala que *"el derecho a un proceso equitativo ante un tribunal garantizado por el artículo 6.1 del Convenio debe ser interpretado partiendo del Preámbulo del Convenio, el cual, en lo aquí relevante, declara que el Estado de derecho es parte del legado común de los Estados parte"*[200].

CIRO MILIONE[201] pone en relación este derecho con los compromisos proclamados en el mencionado Preámbulo del CEDH de la preeminencia del Derecho y la garantía para los ciudadanos de "*una justicia apta para hacer respetar y sancionar las violaciones de la regla común",* lo que evidencia la importancia del mismo. Se trata por ello, más que de un derecho subjetivo, de un verdadero soporte al resto de derechos, pues sin la posibilidad de poder invocar y exigir el cumplimiento de los mismos a través de un proceso justo, tales derechos no serían sino meras declaraciones programáticas[202]. Como señala CASADEVALL[203], *"su importancia es capital en cuanto que, visto desde la óptica del derecho*

[200] La misma idea se expone de forma literalmente idéntica en la STEDH (GS) en el caso Nejdet Şahin y Perihan Şahin contra Turquía, de 20 de octubre de 2011.

[201] MILIONE, C. (2015: 54).

[202] Sobre las distintas tesis sobre el concepto de acción y su evolución puede consultarse: CALAZA LÓPEZ, M. S. (2010) "Una aproximación al concepto procesal de "acción"", *Revista de derecho UNED*, Nº. 6, pp. 113-143.

[203] CASADEVALL, J. (2012: 264).

procesal, el artículo 6 es el que establece el conjunto de garantías que han de permitir de una manera efectiva el ejercicio de los restantes derechos reconocidos en el texto convencional". Por ello, dado el lugar de preeminencia que el derecho a una buena administración de justicia ocupa en una sociedad democrática, el TEDH ha reiterado la imposibilidad de que el artículo 6 pueda interpretarse de forma restrictiva (por todas, la STEDH en el caso Delcourt contra Bélgica, de 17 de enero de 1970).

Establecida la relevancia de ese derecho a un proceso equitativo, cabe tratar de establecer el contenido del mismo. Señala ARANGÜENA FANEGO[204] que *"éste* –el proceso equitativo- *no se define en el Convenio, acaso por tratarse de un concepto global integrado por una diversidad de elementos que sólo pueden concretarse atendiendo a las circunstancias particular de cada caso",* invocando la STEDH en el caso Ibrahim y otros contra Reino Unido, de 13 de septiembre de 2016. Para CIRO MILIONE[205] *"la noción de «proceso justo» no puede desvincularse de la idea de «justicia» que, inevitablemente, varía en función del patrimonio de valores culturales, históricos y jurídicos que caracterizan las distintas realidades nacionales".*

Esa amplitud del término queda patente cuando –como sucede en numerosas SSTEDH- se pone en relación este derecho al proceso equitativo con las garantías procesales que se predican en los demás apartados del artículo 6 del CEDH. Como señalan ESPARZA LEIBAR y ETXEBARRIA GURIDI[206] *"[l]as exigencias derivadas de la noción de proceso con todas las garantías no son necesariamente las mismas en procesos civiles y en procesos penales, dados sus respectivas*

[204] ARANGÜENA FANEGO, C., (2023) "Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal (artículo 6)", en GARCÍA ROCA, F.J., SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M. (coord.) *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*, Vol. 2, p. 265.

[205] MILIONE, C. (2105: 57).

[206] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 265).

génesis y potenciales consecuencias. Partiendo de una base común, el CEDH es mucho más detallado y preciso -como veremos- al regular los parámetros o exigencias a los que deberá ajustarse el proceso penal". El TEDH, de forma reiterada, ha manifestado que los apartados 2 y 3 del artículo 6 *"representan elementos constitutivos del concepto genérico de un proceso justo"* (entre otras, las SSTEDH en el caso Unterpertinger contra Austria, de 24 de noviembre de 1986 y en el caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España, de 6 diciembre 1988). Pero sin perjuicio de su consideración separada, el TEDH ha destacado el carácter de conjunto que cabe atribuir a tales garantías en la conformación del referido derecho. Así, señala la STEDH en el caso Mirilashvili contra Rusia, de 11 de diciembre de 2008, que *"siempre debe tratar de considerarse el «procedimiento como un todo» antes de decidir si ha existido o no una violación del Convenio en un caso concreto. […] En otras palabras, el Tribunal valora en qué extensión los defectos invocados perjudican la equidad del juicio en su conjunto, particularmente respecto a la práctica de pruebas. Por otro lado, el mismo enfoque puede conducir al resultado opuesto. […] Cada defecto, considerado individualmente, no habría conducido al Tribunal a considerar el proceso «injusto», pero su coexistencia fue el factor que condujo a la constatación de una violación del artículo 6".* Es decir, más allá de la exposición que con fines exegéticos pueda establecerse de modo separado de cada una de las garantías procesales, el derecho a un proceso equitativo ha de ser considerado como un todo; sólo a través de esa apreciación de conjunto, referida al caso concreto, podrá estimarse la vulneración del mismo.

Resulta incuestionable que la mayor parte de las manifestaciones del "proceso equitativo" van a tener también incidencia en la tutela de los derechos de los militares y en los procesos judiciales castrenses, pero -ateniéndome al objeto de este trabajo- trataré de exponer aquellas que tengan una particular afectación en el ámbito objeto de estudio.

3.2. Manifestaciones del concepto de "proceso equitativo" y su incidencia en los procesos militares.

La extensa jurisprudencia del TEDH emanada en aplicación del artículo 6.1 ha ido estableciendo de manera progresiva un catálogo de manifestaciones de ese genérico derecho a un proceso equitativo que, sin estar expresamente reseñadas en el precepto, el Tribunal considera ínsitas en la idea misma de todo proceso judicial para que pueda entenderse adecuado a los postulados del Estado de derecho. Por ello, al margen de las garantías que expresamente recogen los apartados 2 y 3 -que serán objeto de análisis posterior-, vamos a relacionar esas manifestaciones y su relevancia en el ámbito castrense.

3.2.1 Igualdad de armas y principio contradictorio.

Se ha venido aludiendo a la igualdad de armas y al principio contradictorio como manifestaciones del derecho a un juicio justo. Para CIRO MILIONE[207] *"la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo considera como presupuestos fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva, dos exigencias básicas y complementarias entre sí: el principio de "igualdad de armas" entre defensa y acusación y la exigencia del principio de contradicción".*

La STEDH en el caso Regner contra Republica Checa, de 26 de noviembre de 2015[208], tras cuestionarse cuáles de las garantías procesales del artículo 6.1 del CEDH son aplicables en las cuestiones judiciales sobre el estatuto de los funcionarios públicos, considera que en todo caso deben observarse el principio contradictorio y de igualdad de armas entre las partes. Considera que *"[e]l derecho a un proceso contradictorio conlleva la posibilidad para las partes de conocer las observaciones o pruebas efectuadas por las otras partes y de actuar*

[207] MILIONE, C. (2015: 58).

[208] Luego sería confirmada por la Gran Sala en sentencia de 19 de septiembre de 2017.

en esa consideración [...] *ese principio también se aplica a las observaciones y documentos presentados por las partes y a aquellos presentados por un funcionario judicial independiente como el Government Commissioner* [...], *por una autoridad administrativa* [...] *o por el juez sentenciador cuando se formula un recurso frente al mismo.* Como señalan ESPARZA LEIBAR y ETXEBARRIA GURIDI[209] *"[l]a propia lógica de la actividad procesal muestra la necesidad de que la contradicción se garantice durante toda la tramitación del proceso, debe, por tanto, ser permanente.* [...] *En el caso del proceso penal, debería también garantizarse durante la fase de instrucción, de manera que el inculpado conozca las actuaciones y pueda actuar consecuentemente, incluso beneficiándose de ellas, en su defensa".*

Por su parte, el principio de igualdad de armas *"consiste en la prohibición, en ámbito procesal, de toda discriminación entre las partes para que ninguna de ellas sufra diferencias de trato ilegítimas a la hora de ejercer todas las posibles opciones"*[210]*.* Para CASADEVALL[211] *"el principio de la igualdad de armas, que no aparece expresamente formulado en el artículo 6, constituye un elemento de la noción más amplia de proceso equitativo".* De forma más prolija, OMKAR[212] señala que *"El valor de la igualdad de armas deriva principalmente de sus valores instrumental e intrínseco. Es instrumental en cuanto hace más probable un correcto resultado del juicio. Su valor intrínseco –que, según se defiende, tiene primacía teórica sobre su valor instrumental– es el del respeto a la dignidad del acusado, que le permite sentirse un empoderado y efectivo partícipe del proceso en el que se determinará su destino."*

[209] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 266-267).

[210] MILIONE, C. (2015: 112-113).

[211] CASADEVALL, J. (2012: 287).

[212] OMKAR, S. (2017) *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Cambridge, Intersentia, pp. 239-240.

Así, por ejemplo, entiende el TEDH que se vulnera el principio de igualdad de armas cuando no se da traslado del informe del *conseiller rapporteur* (ponente) a la defensa del acusado, pero sí al Ministerio Fiscal (STEDH en el caso McGee contra Francia, de 7 de enero de 2003). La STEDH en el caso Korolev contra Rusia (nº 2), de 1 de abril de 2010, referida a un ex militar que reclamaba el abono de un viaje efectuado durante su periodo en el servicio, señala que *"desde que un fiscal o empleado público asimilable, en su condición de parte en el proceso, se convierte en aliado u oponente de una de las partes, su participación es susceptible de generar una sensación de desigualdad respecto de una de aquellas partes".* Es decir, el Ministerio Público ha de ejercitar las acciones en la posición que el ordenamiento jurídico le atribuye (alude el TEDH[213], por ejemplo, a la protección de personas vulnerables, infracciones que afecten a numerosos ciudadanos, o casos con intereses públicos identificables), pero no puede evidenciar un posicionamiento por una de las partes del proceso. En el caso concreto, en un proceso civil el fiscal se había limitado a reproducir en la apelación las argumentaciones formuladas por el recurrente (el Estado), lo que el TEDH considera contrario al principio de igualdad de armas.

En relación con ese equilibrio entre las partes, la STEDH en el caso Lentičić contra Croacia, de 3 de mayo de 2016[214], plantea una cuestión que con habitualidad se suscita en el ámbito de procesos de índole contencioso-administrativa y que es susceptible de afectar a la esfera de derechos de los militares. Se trata de la posición del recurrente que se opone a una decisión que,

[213] Entre otras, STEDH en el caso Batsanina contra Rusia, de 26 de mayo de 2009.

[214] El padre del recurrente, veterano de guerra, mató a la madre y abuelos maternos del recurrente y luego se suicidó, al padecer -en decir del recurrente- debido a una enfermedad mental causada por su participación en la guerra. El Ministerio de Defensa desestimó su solicitud de pensión al considerar que no existía conexión entre la muerte del padre y su participación en la guerra, amparándose en el informe de una institución sanitaria pública reconocida por la ley para pericias sobre enfermedades psiquiátricas de veteranos de guerra y en los testimonios de dos testigos relativos al tiempo de servicio del fallecido. El recurso planteado ante un tribunal administrativo frente a esa resolución del Ministro de Defensa fue desestimado amparándose, básicamente, en la existencia del informe pericial.

tanto en vía administrativa como en la posterior judicial, se basó en informes emitidos por órganos especializados designados por la propia administración. En el caso analizado el órgano administrativo competente para resolver se encontraba vinculado por el informe emitido por un centro médico designado por el Ministerio de Sanidad como una de las únicas instituciones sanitarias públicas facultada para emitir dictámenes sobre patologías de los veteranos de guerra en relación con derechos sociales. Ante esa circunstancia, el TEDH considera que el artículo 6.1 no impide esa atribución a tales órganos, lo que requiere es que se respete la neutralidad de esos peritos y que el procedimiento judicial se ajuste al principio contradictorio y que ambas partes -aun el Estado- se enfrenten en igualdad de armas. En el caso concreto, señala que *"aunque la aprensión del recurrente respecto a la imparcialidad de los expertos puede ser de cierta importancia, no puede considerarse decisiva puesto que no hay nada que objetivamente justifique un temor a que los expertos del Centro carezcan de neutralidad en su juicio profesional".* Sin embargo, critica la imposibilidad del órgano administrativo competente de recabar informes de otras instituciones y que se encuentre vinculado por el dictamen, así como el papel preponderante de dicho informe en el proceso judicial. Lo que lleva al TEDH a estimar vulnerado el artículo 6.1 es que el recurrente fue excluido de participar ante ese comité de expertos y no conoció el informe de los mismos hasta que se dictó resolución por el órgano administrativo, de manera que, siendo la resolución administrativa una reproducción del pronunciamiento del comité, la imposibilidad de conocerlo y poder cuestionar los documentos tenidos en cuenta para su pericia o de examinar testigos ante el mismo, dificultaban seriamente la posición del recurrente, extremos que no fueron subsanados en la posterior vía judicial al estimar irrelevante esa falta de contradicción.

El pronunciamiento resulta equiparable al de la STEDH en el caso Placì contra Italia, de 21 de enero de 2014, en el que un soldado reclamaba una pensión por padecer una enfermedad psiquiátrica derivada de la realización del

servicio militar obligatorio. La denegación de la misma, tanto en vía administrativa como judicial, se amparó en el dictamen de diversos órganos médicos dependientes de la Administración. La conclusión del TEDH es que *"como consecuencia de la composición, la posición procesal y el papel del comité médico en el procedimiento ante el Tribunal Supremo Administrativo, el demandante no estaba a la par de su adversario, el Estado, en el modo exigido por el principio de igualdad de armas".* Pero debe tenerse en cuenta que, como señala la sentencia, *"las alegaciones del demandante a las conclusiones del comité médico fueron desestimadas porque dicho órgano jurisdiccional* -el Tribunal Supremo Administrativo- *no estaba facultado para examinar el fondo de las conclusiones efectuadas por el comité",* lo que suponía de facto que el informe de dicho comité fuera la única e incontestable prueba para determinar el caso.

Por tanto, en estos supuestos lo relevante es el efectivo respeto a la igualdad de armas entre las partes, de forma que la necesidad de acudir a un criterio técnico para la resolución del caso no impida a las partes -concretamente a la que se opone a la Administración- llevar a cabo un ejercicio efectivo de su posición, participando en el desarrollo de la pericia de la que se trate y pudiendo emplear en la misma el material contradictorio que a su derecho convenga.

3.2.2. Derecho a no auto inculparse.

Aun cuando no aparece recogido en el artículo 6 del CEDH, como expone la STEDH en el caso Serves contra Francia, de 20 de octubre de 1997[215], *"[e]l derecho de toda «persona acusada» a permanecer en silencio y el derecho a no incriminarse son normas internacionales generalmente reconocidas que se*

[215] Aborda el caso de un capitán del ejército francés que es juzgado por un tribunal militar junto con otros miembros de su unidad. Durante una operación contra la caza furtiva en la República Centroafricana, un cabo de su unidad disparó contra un cazador y el teniente jefe de la sección ordenó matarlo y enterrarlo, siendo juzgados el capitán -por encubrirlo-, el teniente, el suboficial y el cabo que mató y enterró al furtivo. Sin embargo, lo que el capitán cuestiona es las multas que le fueron impuestas por el juez investigador al negarse a prestar juramento y declarar como testigo cuando la acusación únicamente se dirigía contra el teniente y el cabo, pero que después derivaría en la acusación contra el propio capitán.

insertan en el contenido esencial de un proceso justo establecido en el artículo 6 del Convenio". Carece aquí de relevancia el debate acerca de si esta manifestación deriva del derecho a un proceso justo o de la presunción de inocencia proclamada en el artículo 6.2. Esa misma STEDH explica el contenido de este derecho al establecer que *"su razón de ser radica, entre otras, en la protección de la «persona acusada» contra la indebida compulsión por parte de las autoridades y contribuye a evitar los abusos de la justicia y al cumplimiento de los propósitos del artículo 6. El derecho a no incriminarse, en particular, presupone que la acusación en un proceso criminal trate de probar los hechos sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos de coerción u opresión contrarios a la voluntad de la «persona acusada»"* (en sentido análogo, entre otras, las SSTEDH en el caso Heaney y McGuiness contra Irlanda, de 21 de diciembre de 2000, y en el caso Navone y otros contra Mónaco, de 24 de octubre de 2013). En el supuesto concreto abordado en el caso Serves contra Francia, el TEDH reconoce que era comprensible el temor del capitán a efectuar declaraciones que pudieran auto incriminarle, pero considera que las multas fueron impuestas por su negativa, desde un primer momento, a prestar el juramento de declarar la verdad. Para el TEDH, *"[s]i bien la obligación de un testigo de prestar el juramento y las penas impuestas por no hacerlo implican un grado de coacción, este último tiene por objeto garantizar que cualquier declaración hecha al juez sea veraz, no forzar a los testigos a presentar pruebas"*, y estima que lo que el recurrente pudo haber hecho es negarse a responder a aquellas preguntas que le incriminaran.

En mi opinión, tal argumentación resulta contraria a las garantías reconocidas en el artículo 6.3 del CEDH, particularmente a la establecida en su apartado a). No parece admisible que pueda restringirse el derecho a no auto incriminarse mediante la citación en calidad de testigo cuando existan elementos que permitan atisbar posibles responsabilidades de esa persona en los hechos investigados. Al abordar el análisis del derecho a ser informado de la acusación veremos el momento a partir del cual debe ser observado el mismo, lo que

considero extrapolable al derecho a no auto inculparse. A este respecto, nuestro derecho interno observa esta circunstancia y, así, el artículo 142 de la LOPM dispone: *"En las diligencias previas a que se refiere el artículo anterior el Juez Togado instruirá de su derecho a la asistencia letrada a aquellas personas cuya declaración apareciere como necesaria para dictar la oportuna resolución, siempre y cuando estimare que de dicho testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación contra quien lo presta. En el caso de que los méritos para la inculpación resultaren de la propia declaración, se suspenderá ésta hasta que el declarante sea provisto de la asistencia letrada correspondiente".* Ello sin perjuicio de la posible invalidez que derivaría del testimonio obtenido sin la observancia de ese derecho a no auto inculparse.

En la ya comentada DTEDH caso R.S. contra Alemania, de 28 de marzo de 2017 también se analiza esta cuestión. El recurrente alegaba la vulneración del artículo 6 del CEDH al haber declarado un consumo de drogas -hecho constitutivo de infracción disciplinaria- ante el *Vertrauensperson*[216], cuya declaración fue luego elemento probatorio clave para la sanción y sin que se le advirtiera de su derecho a permanecer en silencio y a la asistencia letrada. Considera el Tribunal que el hecho de que la declaración del *Vertrauensperson* no fuera el único y decisivo elemento de prueba, no hubiera elementos de coerción, opresión o

[216] Establece la resolución (párrafo 27) que el *Vertrauensperson* era elegido por grupos de soldados por un periodo de dos años. Sus cometidos eran contribuir a la buena cooperación entre superiores y subordinados y a la consolidación de las relaciones de camaradería. Cooperaba estrechamente con el superior disciplinario, tanto en interés de los soldados como de las fuerzas armadas. El *Vertrauensperson* tenía que ser informado y oído respecto a las decisiones referidas al ámbito de su actuación y, en ciertos supuestos, tenía derecho a hacer sugerencias al superior disciplinario. Tenía que ser oído en relación con los asuntos cotidianos del servicio y debía serlo también en una diversidad de cuestiones relativas al personal. Cuando no lograba alcanzarse un acuerdo, tenía la facultad de someter ciertos asuntos a un escalón superior de la jerarquía. El *Vertrauensperson* estaba implicado también en lo relativo al bienestar del personal y ofrecía consejo a los soldados que lo requerían. Las disposiciones vigentes al momento de los hechos establecían que el *Vertrauensperson* debía guardar secreto profesional respecto a terceras partes en relación con los hechos y cuestiones que conociera en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, establecían que debía ser escuchado acerca del soldado en cuestión y los hechos cuando se pretendía iniciar un procedimiento judicial contra un soldado por una infracción disciplinaria, a menos que el soldado se opusiera a dicha audiencia. Tal audiencia atendía al propósito de asegurar que los intereses del soldado eran tenidos en consideración antes de que fuera tomada la decisión de iniciar un procedimiento judicial contra el mismo.

engaño y que el recurrente pudiera haber recurrido la admisibilidad del testimonio del *Vertrauensperson* y examinarlo como testigo ante el Tribunal Federal Administrativo, determinan que el procedimiento en su conjunto no puede estimarse contrario al derecho a un proceso equitativo. Como señala la resolución, resulta *"dudoso que se pueda decir que el demandante ha decidido libremente informarle sobre su consumo de drogas* […]*, dado que no era consciente de que el Vertrauensperson pudiera ser oído como testigo en un procedimiento judicial contra él. No obstante, el Tribunal señala que el demandante no estaba legalmente obligado a hablar con él, ni se vio obligado a hacerlo, y mucho menos a confesar su consumo de drogas".* No obstante, el TEDH no oculta *"la ambigüedad y el dilema del papel del Vertrauensperson en los procedimientos judiciales disciplinarios contra los soldados",* pero, pese a la confianza que su posición pudiera generar en los soldados, en ningún momento se señaló al soldado la confidencialidad de su conversación ni el *Vertrauensperson* podía abstenerse de declarar ante un tribunal. En mi opinión, lo verdaderamente determinante en este caso es que, atendiendo al desarrollo de los hechos, no puede siquiera apreciarse una vulneración de derechos que determine la invalidez de la prueba derivada de esa actuación (lo que en nuestro derecho conocemos como prueba ilícitamente obtenida, que determina –con matices[217]- la invalidez de los elementos de convicción obtenidos con violación de derechos fundamentales (artículo 11 de la LOPJ). Como señala el TEDH, no existió ningún tipo de coerción por parte del *Vertrauensperson,* ni tan siquiera este indujo al soldado a la declaración. Además, existía un acervo probatorio independiente de esa declaración del *Vertrauensperson.* Sin embargo, considero que el TEDH prescindió aquí de la valoración de esas "condiciones particulares de la vida militar" que justifican la restricción de ciertos derechos de los militares. La posición dual del *Vertrauensperson,* en cuanto que elemento de apoyo y confianza

[217] Una exposición de la evolución seguida al respecto por la jurisprudencia de nuestro TC en la STC 97/2019 de 16 de julio.

para el personal de tropa, podía generar una vulneración del derecho a un juicio justo si la administración militar podía valerse de lo que le había sido revelado para condenar a ese personal de tropa, como sugiere el hecho de que el Estado alemán modificase la legislación relativa a esa figura[218].

Sin embargo, siguiendo a CIRO MILIONE[219], cabe señalar que este derecho no tiene tampoco un carácter absoluto, pues *"vemos cómo el silencio del acusado puede cobrar efectivo valor en determinadas situaciones, sobre todo cuando este sujeto se enfrenta a coyunturas que reclaman, debido al conjunto de las circunstancias del caso, una aclaración por su parte".*

En este contexto, el TEDH hubo de pronunciarse sobre diversos casos planteados en relación a la política antiterrorista en Irlanda del Norte, donde las legislaciones de Reino Unido e Irlanda permitían la condena de quienes se negaban a declarar al ser detenidos por delitos de terrorismo. Una de las sentencias recaídas al respecto, la STEDH en el caso Quinn contra Irlanda, de 21 de diciembre de 2000, señala que *"la seguridad y el orden público que competen al gobierno no pueden justificar una previsión que extingue la esencia nuclear de los derechos de los recurrentes a guardar silencio y a no auto incriminarse garantizados por el artículo 6.1 del Convenio"* (en sentido idéntico, entre otras, las SSTEDH en los casos John Murray y Averill contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996 y 6 de junio de 2000 –respectivamente- y Heaney McGuinnes contra Irlanda, de 21 de diciembre de 2000). Pero estima GRABENWARTER[220], siguiendo la jurisprudencia del TEDH, que no se considera contrario al derecho a no auto incriminarse la obtención de muestras del acusado mediante compulsión

[218] Contenida en la *Soldatinnen- und Soldatenbeteiligungsgesetz* / Ley de Participación de Soldados (https://www.gesetze-im-internet.de/sbg_2016/index.html#BJNR206510016BJNE002300000).

[219] MILIONE, C. (2015: 160-161).

[220] GRABENWARTER, C. (2014: 165).

independiente de la voluntad del sujeto, tales como, muestras de aire, sangre u orina o un pañuelo desechable para análisis de ADN[221].

En el ámbito del Derecho Militar la cuestión suscita particular interés en la esfera disciplinaria. Resulta habitual que, al amparo de lo previsto en los artículos 41.3 de la LORDFAS y 39.5 de la homóloga de la Guardia Civil, se lleven a cabo actuaciones previas en las que, sin informar de los derechos que asisten al inculpado –pues, dada la naturaleza del procedimiento, aún no se da esa condición-, puedan producirse actos de autoinculpación[222]. Considero que en estos casos no pueden invocarse motivos de protección del orden público o de la seguridad que desvirtúen las garantías "procesales" aplicables en este ámbito, lo que hace recomendable -además del acotamiento de este tipo de informaciones previas- que, ante cualquier atisbo que determine la inculpación de un individuo, sean suspendidas las actuaciones y se proceda a la tramitación del oportuno procedimiento. Cuestión distinta será si la autoinculpación no se produce en el seno de esas investigaciones previas, sino en forma de exposición voluntaria por parte del responsable de la conducta y exenta de cualquier intimación.

Así lo ha estimado nuestro TC. Ya la STC 142/2009, de 15 de junio, declaraba que *"se desprende que en ningún momento del procedimiento los recurrentes fueron forzados a realizar una declaración auto incriminatoria, lo que resultaría constitucionalmente inadmisible no sólo en el procedimiento*

[221] Cita, sin embargo, como ejemplo de vulneración de este derecho la STEDH (GS) en el caso Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006, en la que se consideró que el grado de fuerza empleado violaba el artículo 3 del CEDH al haberse administrado un fármaco para provocar el vómito del sospechoso en portar drogas en el interior de su cuerpo.

[222] GONZÁLEZ REYES, J. M. (2011) "Actuaciones previas al procedimiento disciplinario: el parte y la información reservada", *Revista española de derecho militar*, Nº. 97, pp. 205-220; MARTÍN DELPÓN, J. L. (2018) "La información reservada en el ámbito disciplinario: Una laguna en las garantías del procedimiento sancionador", *Revista española de derecho militar*, Nº 109-110, pp. 199-236; SALIDO CAMPOS, G. (2015) "La información reservada en los procedimientos sancionadores en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil", *Actualidad administrativa*, Nº 12. COLLADO CASABON, J. (2019) "Comentario al artículo 39.5 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil: la información reservada", *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 50.

administrativo sancionador propiamente dicho, sino también en la práctica de una información reservada". Es decir, se proclamaba esa aplicabilidad de la garantía frente a la auto inculpación a las informaciones previas o reservadas[223]. Pero ello no determina automáticamente la invalidez de toda autoinculpación producida en esas informaciones. La reciente STC 21/2021, de 15 de febrero, analiza la cuestión en el ámbito disciplinario de la Guardia Civil. Se trata de un guardia que es sancionado por las manifestaciones que efectuó en contra de un superior cuya constancia se obtiene de la declaración efectuada por el propio guardia en un proceso civil al que fue citado como testigo. La sentencia invoca la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, que *"afirma de modo constante que la garantía de no autoincriminación no protege frente a las aportaciones auto inculpatorias per se sino contra la obtención de estas pruebas con métodos coercitivos o de presión. Es la existencia de compulsión lo que hace surgir la preocupación acerca de si la garantía de no autoincriminación ha sido convenientemente respetada".* Y otorga el amparo al estimar que hubiera sido necesario que la vía contencioso-disciplinaria *"hubiera examinado si, conforme a las circunstancias del caso concreto, la fijación de los datos fácticos que hizo la sentencia civil y en la que se apoyó el reproche disciplinario era consecuencia directa de la declaración del testigo* –compelido a decir verdad por tal condición- *o, por el contrario, tenía sustento en elementos de prueba distintos de aquélla y razonablemente autónomos respecto de ella. Solo en el segundo caso se podía concluir que la garantía constitucional de no autoincriminación no había quedado*

[223]Si bien, en el caso concreto se rechazó el amparo por cuanto la sanción impuesta a dos policías municipales no respondía a una autoinculpación practicada sin las necesarias garantías, sino a una manifestación falsaria que no guardaba relación con el ejercicio del derecho de defensa. Para la STC quedaba *"fuera del ámbito de cobertura de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismos y a la defensa (art. 24.2 CE) la realización de unas manifestaciones en un expediente de información reservada que no sólo se demostraron abiertamente falsas, sino que implican la imputación al ciudadano —al que previamente habían sancionado, y con motivo del esclarecimiento de la denuncia presentada por éste a raíz de su actuación profesional—, de la presentación de una denuncia falsa contra los agentes, con las eventuales consecuencias que ello podría tener para aquél, como destaca el órgano judicial"*. Y ello por cuanto, en decir del propio TC, *"los funcionarios «faltaron a la verdad de forma innecesaria para esclarecer los hechos que se dirimían y sin solicitud en tal sentido de la Instrucción del expediente de información reservada...»"*.

comprometida al basarse el reproche disciplinario en la realidad establecida por la sentencia civil". Convengo plenamente con la conclusión alcanzada que, además, pone de manifiesto la incidencia de la doctrina jurisprudencial del TEDH en el ámbito castrense.

3.2.3. Motivación de las resoluciones.

La necesidad de motivación de las resoluciones judiciales es otra de las manifestaciones que el TEDH ha anudado, sin ningún tipo de ambages, al derecho a un proceso justo, aun sin aparecer declarado de forma literal en el artículo 6.1 del CEDH. Para CIRO MILIONE[224] motivar *"significa garantizar que la resolución, escogida entre muchas otras posibles, no responde ya a una decisión del juez, tomada coherentemente con sus propios, íntimos y personales ideales, sino determinada por la voluntad democrática: es decir, por la ley".* Como señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[225], *"los órganos judiciales nacionales deben explicar con suficiente claridad los motivos en los que fundamentan sus decisiones* [...]. *La motivación también tiene como finalidad demostrar a las partes que fueron escuchadas y contribuir así a una mayor aceptación de la decisión"*.

Una de las sentencias que explica esta dimensión del derecho a un proceso justo, mencionada por el citado autor, se refiere precisamente al ámbito objeto de estudio. Se trata de la STEDH en el caso Hadjianastassiou contra Grecia, de 16 de diciembre de 1992, en la que el demandante -capitán acusado de revelar información secreta referida a un programa de desarrollo de misiles- invocaba la falta de motivación de la resolución dictada por un tribunal militar de apelación, lo que le había impedido un ejercicio efectivo de su derecho a formular recurso frente a la misma. Así, señala respecto de la motivación que *"[e]sto es, entre otras cosas, lo que hace posible que el acusado pueda ejercitar plenamente el derecho*

[224] MILIONE, C. (2015: 150-151).

[225] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (director) (2018: 119).

de apelación del que dispone [...] *la sentencia leída por el presidente del Tribunal Militar de apelación no hacía mención alguna a las cuestiones que figuraban en el acta de la vista* [...]. *Si bien es cierto que remitía a los artículos 366 y siguientes del Código penal militar* [...] *y calificaba de poco importantes las informaciones transmitidas, no se basaba en los mismos fundamentos que la sentencia del Tribunal Permanente del Ejército del Aire* -primera instancia-*".* Todo ello lleva al Tribunal a concluir que *"los derechos de defensa fueron sometidos a tales restricciones que el recurrente no gozó de un proceso justo".*

En cuanto al alcance del deber de motivación, resulta igualmente consolidada la jurisprudencia del TEDH condicionando su modulación al caso concreto. Entre otras, la STEDH en el caso Pop y otros contra Rumanía, de 24 de marzo de 2015, referida a una condena impuesta por un tribunal militar, afirma que *"aunque el artículo 6.1 obliga a los tribunales a dar razones de sus decisiones, ello no puede ser entendido como una exigencia de responder detalladamente a cada una de las alegaciones* [...]. *La extensión en la que esa obligación de razonar resulta aplicable puede variar dependiendo de la naturaleza de la decisión y debe ser analizada a la luz de las circunstancias del caso en concreto".*

Un supuesto relacionado con la jurisdicción militar que expone la cuestión de la extensión de la motivación es la STEDH en el caso Georgiadis contra Grecia, de 29 de mayo de 1997. El recurrente fue detenido y posteriormente absuelto de un delito militar de desobediencia al negarse a vestir el uniforme por ser un ministro de culto de los Testigos de Jehová. Posteriormente reclamó una indemnización por su detención, que le fue denegada por los tribunales griegos. El TEDH estima la vulneración del artículo 6.1 porque *"en el presente supuesto, los tribunales nacionales decidieron excluir la responsabilidad del Estado por la detención del recurrente basándose en su propia "grave negligencia". La falta de precisión de ese concepto, que supone una valoración de cuestiones de hecho, requería que el*

tribunal diera razones más detalladas, especialmente cuando sus conclusiones eran decisivas para el derecho del recurrente a una compensación".

3.2.4. La ejecución de las resoluciones como elemento integrante del derecho a un proceso justo.

La STEDH en el caso Mathaeus contra Francia, de 31 de marzo de 2005, constata de forma contundente la consideración de la ejecución como elemento inherente al concepto mismo de proceso cuando establece que *"la ejecución de una resolución o de una sentencia, de cualquier jurisdicción que sea, debe, por tanto, ser considerada como parte integrante del "proceso" en el sentido del artículo 6".* Se vaciaría de contenido la función judicial si los órganos que la desempeñan únicamente pudieran dictar resoluciones que pueden o no ser ejecutadas, o cuyo cumplimiento resultase ajeno a esos propios órganos judiciales. Como señala la STEDH en el caso Hornsby contra Grecia, de 19 de marzo de 1997, *"el derecho garantizado en el artículo 6.1 resultaría ilusorio si el sistema jurídico de un Estado Parte permitiese que una decisión judicial final y vinculante permaneciese inoperante en detrimento de una de las partes".*

La cuestión será determinar cuál ha de ser el alcance de esa facultad de ejecución por parte de los tribunales o si pueden existir ámbitos dentro de la misma que puedan ser llevados a cabo -en lo que aquí puede resultar más relevante- por los órganos administrativos. La referida STEDH en el caso Matheus contra Francia establece que *"se puede admitir que los Estados intervengan en un procedimiento de ejecución de una resolución de los Tribunales de justicia, pero esa intervención no puede tener como consecuencia impedir, invalidar o retardar de manera excesiva la ejecución, ni menos aun poner en cuestión el fondo de tal decisión* [...]. *Una suspensión en la ejecución de una resolución judicial durante el tiempo estrictamente necesario para encontrar una solución satisfactoria a los problemas de orden público puede justificarse en circunstancias excepcionales".*

Adentrándonos en el concreto ámbito que aquí se aborda, resulta de interés la STEDH en el caso Sergeyev y otros contra Rusia, de 6 de marzo de 2012[226], en la que varios militares rusos acuden al TEDH tras haber obtenido pronunciamientos judiciales favorables al reconocimiento de ciertas retribuciones por su participación en una misión en la ex Yugoslavia que, sin embargo, o no son ejecutadas por la Administración o lo son con varios años de retraso. El TEDH, señala que una separación del principio de *res iudicata "solamente está justificada cuando resulte necesario por una cuestión significativa y convincente, como la corrección de defectos fundamentales o fallos en la justicia".* Se trataba, en realidad, de la continuidad de una situación que ya en 2003, y tras varias resoluciones del TEDH[227], motivó la reforma del Código Procesal Civil ruso para impedir que se pudieran interponer recursos de revisión, sin límites temporales, contra resoluciones firmes y ejecutivas. El nuevo texto sería igualmente considerado incompatible con el Convenio[228], ya que permitía a los presidentes de los tribunales regionales rusos oponerse, sin límite de tiempo y sin expresión justificativa, al rechazo de una admisión de esos recursos de revisión, lo que para

[226] En el mismo sentido, las SSTEDH en el caso Streltsov y otros (Novocherkassk Military Pensioners) contra Rusia, de 29 de julio de 2010, en la que se analizaba la falta de ejecución de sentencias en favor de un total de 87 pensionistas militares y en el caso Kazakevich y otros nueve "pensionistas militares" contra Rusia, de 14 de enero de 2010.

[227] Entre otras, SSTEDH en el caso Ryabykh contra Rusia, de 24 de julio de 2003; Roseltrans contra Rusia, de 21 de julio de 2005; o Volkova contra Rusia, de 5 de abril de 2005.

[228] DTEDH en el caso Denisov contra Rusia de 6 de mayo de 2004 o STEDH en el caso Prisyazhnikova y Dolgopolov contra Rusia, de 28 de diciembre de 2006.

Otros países como Ucrania también fueron merecedores de resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en este sentido (Resolución provisional del Comité de Ministros sobre la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 232 casos contra Ucrania relativos al incumplimiento o graves retrasos en el cumplimiento de resoluciones judiciales nacionales dictadas contra el Estado y sus entidades así como la ausencia de un recurso efectivo, de 6 de marzo de 2008 y Decisión del Comité de Ministros sobre 300 casos relativos al incumplimiento o retraso sustancial del Estado ucraniano o de las empresas estatales en el cumplimiento de las sentencias nacionales definitivas, de 8 de junio de 2009) afectando la falta o retraso en la ejecución también a derechos de sus militares (STEDH en el caso Yuriy Nikolayevich Ivanov contra Ucrania, de 15 de octubre de 2009). También Bulgaria ha recibido diversas condenas por retrasos injustificados exacerbados -en decir del TEDH- por la falta de instrumentos legales para la ejecución forzosa de resoluciones judiciales en contra del Estado (SSTEDH en el caso Mancheva contra Bulgaria, de 30 de septiembre de 2004; Mutishev y otros contra Bulgaria, de 3 de diciembre de 2009; y Pashov y otros contra Bulgaria, de 5 de mayo de 2013)

el TEDH atentaba igualmente contra la seguridad jurídica a la que han de quedar sometidos los fallos judiciales. Señala además la sentencia que *"un retraso injustificadamente largo en la ejecución de una sentencia firme puede vulnerar el Convenio* […]. *La razonabilidad de tal retraso ha de ser determinada teniendo en cuenta, en particular, la complejidad del proceso de ejecución, el propio comportamiento del recurrente y de las autoridades competentes, la cuantía y naturaleza del resarcimiento otorgado".* Afirma que cuando se trata de una sentencia en contra del Estado, la responsabilidad de su ejecución recae en primer lugar en las autoridades, sin que el requisito de la cooperación del beneficiado por el fallo deba ir más allá de lo estrictamente necesario y, en ningún caso, exime a las autoridades de su obligación de llevar a cabo de oficio las medidas orientadas a hacer cumplir la sentencia.

3.2.5. Existencia de jurisdicción de conflictos

La configuración de los sistemas judiciales comporta la existencia de diversos órganos a los que se atribuyen distintas funciones dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional, que pueden venir asignadas a los mismos en virtud de diversos criterios (territoriales, funcionales, por ámbito del Derecho,…). Es por ello que no resulta extraño que se generen entre tales órganos zonas de convergencia en las que resulte complejo delimitar la competencia de uno u otro órgano judicial o, incluso, en las que surjan conflictos en el ejercicio de sus respectivas atribuciones. Se trata de una cuestión que afecta particularmente a las jurisdicciones militares, pues con habitualidad estas van a desenvolver su actuación en un ámbito específico, pero no siempre fácil de deslindar del de otros órganos judiciales. España, al mismo tiempo que reguló el actual modelo de jurisdicción militar, estableció un sistema de resolución de conflictos entre

órganos jurisdiccionales que se ha mostrado como una vía ciertamente eficaz y convincente para resolver los mismos con unidad de criterio[229].

Otra situación de conflicto que puede generarse es la acaecida cuando dos órganos llamados a resolver sobre una misma cuestión lo hacen de modo diferente. Sobre estos casos el TEDH ha reiterado que *"esas divergencias pueden ser toleradas cuando el sistema legal nacional es capaz de adecuarlas"* y que en este, como en otros supuestos, la función del TEDH no es actuar como una tercera o cuarta instancia, sino únicamente velar porque se respeten los derechos reconocidos en el CEDH.

En relación con estas cuestiones, la STEDH en el caso Stankovic y Trajkovic contra Serbia, de 22 de diciembre de 2015[230], compendiando la jurisprudencia del propio TEDH sobre esta materia, señala que *"los criterios que guían al Tribunal para determinar las condiciones en que decisiones contradictorias entre tribunales nacionales, que actúan como última instancia, constituyen una vulneración del proceso justo proclamado en el artículo 6.1 del Convenio, consisten en establecer si existen "profundas y duraderas diferencias" en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, si la legislación nacional prevé un mecanismo capaz de restituir esas inconsistencias, si ese mecanismo ha sido aplicado y si es apropiado a ese efecto".* Y continúa significando la relevancia del principio de seguridad jurídica y la consiguiente protección que merece para

[229] Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. Recordemos que la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar es la 4/1987, de 15 de julio. La resolución de los conflictos que pueden suscitarse entre la jurisdicción militar y los órganos judiciales no militares se lleva a cabo, conforme al procedimiento establecido en la primera de las leyes citadas, por un órgano compuesto por dos magistrados de la Sala V (de lo militar) del TS y dos magistrados del orden jurisdiccional en conflicto (puede ser penal o contencioso) y presidida por el Presidente del TS (artículo 39 de la LOPJ).

[230] Analiza el caso de dos mujeres cuyos maridos son secuestrados y declarados fallecidos en el transcurso del conflicto en Kosovo. Al reclamar frente a Serbia una indemnización, los tribunales deniegan su petición argumentando que en la fecha en que se produjeron los hechos la seguridad de la ciudad en que acaecieron concernía a la fuerza multinacional generada por la OTAN para dar seguridad en Kosovo (KFOR, por sus siglas en inglés) (sobre la aplicación del CEDH en estos supuestos ver el apartado 2.1 del capítulo I). Las recurrentes alegaban que otras peticiones similares sí habían sido estimadas por otros tribunales serbios.

garantizar la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia. Sin embargo, esos principios tampoco pueden derivar en una rigidez de la jurisprudencia. El desarrollo de la misma no puede estimarse vulnerador de esa seguridad, sino que la falta de evolución y de dinamismo en la jurisprudencia supondría un riesgo para la mejora de la administración de justicia.

La STEDH (GS) en el caso Nejdet Şahin y Perihan Şahin contra Turquía, de 20 de octubre de 2011[231], considera que los órganos judiciales turcos que resolvieron distintos recursos de forma diversa tenían, no obstante, la posibilidad de resolver las divergencias por sí mismos, bien decidiendo adoptar el mismo enfoque, o bien respetando los límites de sus respectivas áreas de jurisdicción y absteniéndose de intervenir ambos en una misma área legal. Pese a la posible contradicción que pudiera existir entre las resoluciones cuestionadas –extremo que no es abordado por el TEDH- no se aprecia vulneración del artículo 6.1 dado que la resolución judicial impugnada no podía, en opinión del TEDH, ser calificada de irracional o inmotivada.

3.3. La admisión de pruebas y su relación con la equidad del proceso.

Reiteradamente ha declarado el TEDH que el análisis acerca de la admisibilidad de pruebas y la forma en que se lleva a cabo son cuestiones que corresponden, de forma primaria, a los tribunales nacionales (entre otras muchas, SSTEDH en el caso García Ruiz contra España [GS], de 21 de enero de 1999 y en el caso Letinčić contra Croacia, de 3 de mayo de 2016). Sin embargo, si corresponde al TEDH apreciar si el proceso en su conjunto, *"incluyendo el modo en el que las pruebas fueron obtenidas y observadas, fue equitativo -en particular, si el recurrente dispuso de la oportunidad de impugnar la prueba y de oponerse a su incorporación, y si los principios del proceso contradictorio y la igualdad de*

[231] Aborda el recurso de los padres de un piloto militar fallecido en acto de servicio que ven rechazado un incremento de su pensión por tal deceso, siendo la sentencia del Tribunal Supremo Administrativo Militar contraria a las dictadas en asuntos similares por tribunales administrativos ordinarios.

armas entre la acusación y la defensa fueron respetados (SSTEDH en el caso Kobiashvili contra Georgia. de 14 de marzo de 2019; Bykov contra Rusia [GS], de 10 de marzo de 2009; y Rowe y Davis contra Reino Unidad [GS], de 16 de febrero de 2000)

En lo relativo a las pruebas de expertos –pruebas periciales en nuestro lenguaje procesal-, el TEDH tiene establecido que *"testigos y peritos juegan un papel diferente en los procesos y tienen un estatus diferente. Los últimos no pueden ser totalmente asimilados a los «testigos», al menos no en todos los aspectos"* (STEDH en el caso Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia, de 25 de julio de 2013). En cuanto a su admisibilidad, *"no pueden privar a alguna de las partes de la posibilidad de oponerse a las mismas de un modo efectivo, en particular mediante la incorporación u obtención de opiniones alternativas e informes. En determinadas circunstancias, el rechazo a permitir un examen del material probatorio por un perito alternativo puede considerarse una conculcación del artículo 6.1"* (SSTEDH en el caso Stoimenov contra la antigua República Yugoslava de Macedonia, de 5 de abril de 2007; en el caso Matytsina contra Rusia, de 27 de marzo de 2014). La cuestión puede resultar de especial importancia en el ámbito de las jurisdicciones militares donde las particularidades del objeto procesal pueden restringir significativamente el número de personas capacitadas para ejercer esa pericia y, además, dada la especificidad de la materia, generalmente ostentaran la condición de militares, con la posible incidencia que ello puede implicar en su imparcialidad.

Partiendo de lo señalado anteriormente, los pronunciamientos del TEDH sobre la admisibilidad de la prueba y su relación con la idea del proceso equitativo se han centrado en valorar *"si el procedimiento en su totalidad, incluyendo la manera en que la prueba se obtiene, es justo. Esto implica un examen de la "ilegalidad" en cuestión y, cuando afecta también a la vulneración de otros derechos del Convenio, de la naturaleza de la vulneración estimada"* (entre otras,

SSTEDH en el caso Khan contra el Reino Unido, de 12 de mayo de 2000; en el caso P.G. y J.H. contra el Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001; o en el caso Allan contra el Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002). Señala la STEDH (GS) caso Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006 que *"[a]l valorar si el procedimiento en su totalidad es justo, debe darse particular atención a si se han respetado los derechos de defensa. Debe examinarse en particular si al demandante se le dio la oportunidad de contradecir la autenticidad de esa prueba y de oponerse a su uso. Además, debe también tomarse en consideración la calidad de esa prueba, incluyendo si las circunstancias en las que se obtuvo arrojan dudas sobre su fiabilidad y su precisión".*

La STEDH en el caso Harutyunyan contra Armenia, de 28 de junio de 2007[232], va a reiterar la idea de que la valoración sobre la admisibilidad de la prueba –incluso las obtenidas ilegalmente-, que corresponde hacer al Tribunal, ha de ser desde la óptica de si el proceso en su conjunto puede estimarse justo. Por ejemplo, respecto del uso de aparatos de escucha ocultos, si bien puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad del artículo 8 cuando se lleva a cabo sin atender a los requisitos legales establecidos por la norma nacional, fuera de esos casos su admisibilidad no entraría en conflicto con el artículo 6.1. Sin embargo, distinto planteamiento se establece cuando se trate de una violación del artículo 3 (prohibición de la tortura). Señala el TEDH en estos supuestos que *"[e]l uso de pruebas obtenidas con violación del artículo 3 en procesos penales implica serias consecuencias en la equidad de tales procesos. Las pruebas incriminatorias –sea en forma de confesión o de pruebas reales- obtenidas como resultado de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que pueda ser caracterizado como tortura, nunca debe ser considerado como prueba de la culpabilidad, independientemente de su valor probatorio. Cualquier otra conclusión solo*

[232] Aborda el caso de un militar armenio que es condenado por el asesinato de un compañero fallecido de un disparo de ametralladora durante la realización de una guardia de vigilancia en la frontera con Azerbaiyán.

serviría para legitimar indirectamente el tipo de conducta moralmente reprochable que los autores del artículo 3 del Convenio querían proscribir". Sin embargo, en otras resoluciones el TEDH solo ha considerado vulnerado el derecho a un proceso equitativo cuando se evidencia que la violación del artículo 3 tuvo influencia en el resultado del procedimiento contra el imputado, esto es, tuvo impacto en su condena o pena (por ejemplo, STEDH [GS] caso Gäfgen contra Alemania, de 1 de junio de 2010[233]).

Otra consideración que cabe efectuar en relación con la admisibilidad de pruebas es respecto a aquellas que se practican fuera del acto de la vista, es decir lo que en nuestro ordenamiento jurídico se conocen como pruebas preconstituidas y pruebas anticipadas[234]. Analizaremos esta cuestión en el apartado 7.5 de este capítulo relativo al derecho a llamar a testigos.

3.4. La facultad de renuncia a los derechos y garantías del proceso. Elección entre tipologías procesales.

En el capítulo I, apartado 1, se apuntó la idea de si la voluntariedad en la incorporación a las Fuerzas Armadas podía constituir argumento suficiente para limitar derechos fundamentales de los militares, inclinándonos por una postura

[233] Apartado 147: *"La Sala consideró que existía una fuerte presunción de que la utilización de elementos de prueba obtenidos como fruto de una confesión extraída por medios contrarios al artículo 3 hacía que un juicio en su conjunto fuera injusto de la misma manera que el uso de la propia confesión extraída. Sin embargo, en las circunstancias particulares del asunto, ha sido la nueva confesión del demandante en el juicio la que ha sido la base esencial para su condena. Otros elementos de prueba, incluidas las pruebas reales impugnadas, han sido sólo de carácter accesorio y se habían invocado simplemente para probar la veracidad de esa confesión".*

[234] La confusión entre ambas resulta frecuente. Por prueba preconstituida ha de entenderse, siguiendo a GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA, V. [2010] *"La prueba preconstituida de la policía judicial",* Revista Catalana de Seguretat Pública, p. 38), *"una prueba documental, que puede practicar el juez de instrucción y su personal colaborador (policía judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral".* Mientras que la prueba anticipada sería aquella que se practica con anterioridad a la sesión del juicio oral por preverse la imposibilidad de su reproducción en el mismo y, por ello, puede advertirse esa imposibilidad tanto ante el órgano instructor como ante el sentenciador. Al respecto, ÁLVAREZ BUJÁN, M. V. (2015) *"Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada",* Boletín del Ministerio de Justicia, Año 69, Nº 2180, pp. 1-54.

contraria a esa tesis. Aquí se traslada esa cuestión al concreto ámbito de las garantías que determinan la caracterización de un juicio como justo y, en caso de estimar que esa renuncia es posible, en qué forma ha de hacerse y bajo qué circunstancias.

En el ámbito de las garantías procesales, resulta generalizada la previsión en las leyes de "relajar" los derechos del justiciable atendiendo a las circunstancias del caso y en pro de una mayor celeridad del proceso. Ejemplo de ello son la posibilidad de elección de un proceso simplificado o abreviado o las resoluciones dictadas por conformidad entre las partes procesales. De hecho, sobre esta cuestión, ya la Recomendación R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa instaba a los Estados miembro a tomar medidas dirigidas a la simplificación de los procesos judiciales ordinarios a través, por ejemplo, de procesos sumarios o abreviados. La jurisprudencia consolidada del TEDH ha establecido que cualquier renuncia a un derecho o garantía procesal, para que sean conforme con el Convenio, debe ser siempre inequívoca y haber sido prestada con unas garantías mínimas adecuadas a su importancia y, además, no debe estar en contra de un interés público relevante (véanse, entre otras SSTEDH en el caso Poitrimolv contra Francia, de 23 de noviembre de 1993, caso Hermi contra Italia [GS], de 18 de octubre de 2006, o en el caso Natsvlishvili y Togonidze contra Georgia, de 29 de abril de 2014).

Las particulares circunstancias que pueden concurrir en este tipo de renuncias o alternativas en los procesos militares son objeto de análisis en la STEDH en el caso Thompson contra Reino Unido, de 15 de junio de 2004. En ella, un soldado británico cuestiona la adecuación de su enjuiciamiento mediante un procedimiento sumario -a cargo de su *commanding officer*- elegido por él mismo, frente a la posibilidad de ser sometido a una *court martial*. El TEDH considera contraria al artículo 6.1 del CEDH la elección efectuada atendiendo a elementos tales como que *"el recurrente estaba directamente subordinado, con una*

estrecha proximidad, a su commanding officer", la pena a la que se enfrentaba en uno y otro procedimiento (un máximo de 28 días en el proceso sumario -o 60 solo en caso de poderes ampliados- frente a un máximo de 2 años de prisión en la *court martial*) o la falta de advertencia de que el hecho de que se le presentara la alternativa no significaba su culpabilidad. En su caso, tampoco fue informado de que era probable que la *court martial* se celebrara bajo el nuevo sistema previsto en el *Armed Forces Act* de 1996, que entraría en vigor el 1 de abril de 1997 (su juicio sumario se celebró el 12 de febrero de ese año) y todo ello considerando que el soldado *"era lego en derecho y no estaba en posición de evaluar su posición legal en febrero de 1997 o, consecuentemente, las opciones a seguir"*; además no se le facilitó el acceso a un abogado para asesorarse en tal decisión. Los argumentos serían reiterados en la STEDH en el caso Bell contra Reino Unido de 16 de enero de 2007[235]. Estas resoluciones ponen de relieve dos importantes circunstancias a considerar en este tipo de alternativas en los procesos militares: la relación jerárquica en que se produce y la información facilitada al investigado. A mi modo de ver, el elemento determinante es el último, pues, como sucede en general, la renuncia ha de ser libre e inequívoca, precedida de la información de las consecuencias derivadas de la misma. En ese contexto, la relación jerárquica y las circunstancias concretas del proceso militar, como la celeridad o ejemplaridad de la pena a imponer, no pueden actuar en contra de esas garantías y han de arbitrarse los instrumentos precisos para que la elección del militar resulte plenamente consciente.

3.5. La publicidad de las sesiones del juicio y de la sentencia en los procesos militares.

Son numerosas las sentencias del TEDH que han puesto de relieve la trascendencia del carácter público del proceso, particularmente del penal. Así lo

[235] A excepción del relativo a la modificación del sistema de *court martial*, que en este segundo caso ya había sido totalmente adecuado a la *Armed Forces Act* de 1996

recoge LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[236], al transcribir lo establecido en diversas SSTEDH[237] acerca de la virtualidad de la publicidad del procedimiento: *"protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape al control de la sociedad; constituye, además, uno de los medios para preservar la confianza en los tribunales y juzgados. Por la transparencia que concede a la Administración de Justicia, contribuye a preservar el objetivo del artículo 6.1 del Convenio: un proceso equitativo, cuya garantía cuenta entre los principios de toda sociedad democrática tal y como lo exige el Convenio".*

Sin embargo, como señala CIRO MILIONE[238], *"[l]a doble dimensión del derecho a la publicidad del proceso no se extiende también a la publicidad del derecho mismo, ya que el Tribunal de Estrasburgo considera pacífico que dicha titularidad sólo recae en los ciudadanos en tanto que justiciables: sólo ellos estarían, pues, legitimados para invocar su eventual violación. Otra cuestión es la libertad de información y el derecho a informar y a ser informados…".*

En cualquier caso, ese derecho a la audiencia pública se puede ver contrapuesto por determinados intereses que legitiman su limitación. La STEDH (GS) en el caso Martinie contra Francia, de 12 de abril de 2006, expone que *"el artículo 6.1 no prohíbe, sin embargo, a los tribunales nacionales, a la luz de las características especiales del asunto que se les ha presentado, derogar este principio: de conformidad con la actual redacción de esta disposición, «… la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte del juicio en interés de la moral, el orden público o la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes así lo requieran, o en la medida estrictamente necesaria en*

[236] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (director) (2018: 85).

[237] Se trata del apartado 22 de la STEDH en el caso De Biagi contra San Marino, de 15 de julio de 2003.

[238] MILIONE, C. (2015: 117).

la opinión del tribunal en circunstancias especiales en las que la publicidad perjudique los intereses de la justicia»".

El carácter público de las sesiones del juicio ha sido objeto de análisis también en relación a procesos relacionados con los derechos de los militares. La STEDH en el caso Nikolova y Vandova contra Bulgaria, de 17 de diciembre de 2013, resulta particularmente relevante a los efectos de este estudio. En ella se plantea la incidencia del derecho a la publicidad del proceso en un recurso frente a una sanción disciplinaria de separación del servicio, impuesta a una oficial de policía al ser procesada por la presunta comisión de un delito. Como ya se ha expuesto, el TEDH considera aplicable el artículo 6.1 del CEDH al estimar que se trata de una controversia de carácter civil que afecta a la conservación de un puesto público. El Tribunal parte de la consideración de que la falta de audiencia pública no se justificaba en una regla genérica relativa a una categoría de supuestos, sino que es adoptada por el tribunal correspondiente a petición de una de las partes –el Ministerio del Interior- bajo el argumento de la existencia de documentos secretos. El TEDH, aun admitiendo la consideración de la existencia de documentos secretos, estima que ello no puede conllevar una absoluta falta de publicidad del proceso sin una adecuada ponderación, en el caso concreto, entre esa necesidad de proteger la seguridad nacional y la de celebrar una audiencia pública, debiendo adecuar la restricción de publicidad a lo estrictamente necesario. En el caso concreto, *"no se consideró si los documentos en cuestión estaban vinculados al objeto del procedimiento y si, por tanto, habían sido indispensables, ni se contempló la adopción de medidas para contrarrestar la falta de publicidad, por ejemplo restringiendo el acceso únicamente a determinados documentos, o celebrando a puerta cerrada únicamente algunas sesiones, en la medida necesaria para preservar la confidencialidad de los documentos en cuestión".* Tampoco considera el TEDH que en este caso nos encontremos ante una de las materias de carácter técnico que justificaban la exclusión de una vista pública.

En la STEDH en el caso Hummatov contra Azerbaiyán, de 29 de noviembre de 2007[239], se analiza un supuesto que puede resultar relevante en el ámbito de las jurisdicciones militares. Se planteaba la afectación al derecho a un proceso público por celebrarse el juicio de apelación en la prisión donde se encontraba ingresado el procesado, ubicada en un lugar alejado, inhabitado, de difícil acceso y sin transporte regular. Bajo estas circunstancias, el TEDH señala que *"el tribunal de apelación no adoptó las medidas necesarias para garantizar una efectiva publicidad de las sesiones".* Pese a afirmar el Gobierno que se permitía el acceso a la prensa, no se acredita que así fuera y el recurrente alega que previamente se seleccionaba a los periodistas. Aunque resulta difícil de imaginar que en la mayoría de los países del Consejo de Europa puedan darse muchas situaciones de este tipo, la falta de publicidad del proceso puede establecerse de muy diversos modos. En el caso de los órganos judiciales militares, resultaría positivo un mayor conocimiento por parte de la ciudadanía acerca del carácter público de sus sesiones. El carácter militar de las instalaciones en que se llevan a cabo los actos de la vista oral o la preservación de determinados datos no pueden ser obstáculo para la publicidad de estos procesos, pues considero que tal publicidad puede contribuir al logro de un doble propósito: favorecer la confianza de la ciudadanía en el sistema a través de la transparencia del mismo y, en el caso concreto de los propios militares, contribuir al fin preventivo general propio del Derecho Penal. Para ello, debería favorecerse la celebración de las sesiones de juicio oral en el lugar de los hechos, pues su enjuiciamiento en otro lugar -aun en circunstancias bien diferentes de las de la sentencia comentada- incide en esa publicidad desde el punto de vista de la trascendencia mediática y del interés por los hechos enjuiciados, que no será igual en el lugar donde se han producido que en otro alejado.

[239] Se trata del proceso seguido a un líder político de Azerbaiyán que, tras participar en el conflicto de Nagorno-Karabakh contra Armenia, proclamó la "República Autónoma de Talysh-Mugan" siendo juzgado ante tribunales militares por la comisión, entre otros, de los delitos de alta traición y uso de Fuerzas Armadas contra las instituciones constitucionales del Estado.

Anudado a ese derecho a la publicidad de las sesiones del juicio, se encuentra el derecho del recurrente o acusado a estar presente en las mismas. El TEDH ha considerado esa presencia consustancial a los derechos reconocidos en las letras c), d) y e) del artículo 6.3 del CEDH ("a defenderse por sí mismo", "a interrogar o hacer interrogar a los testigos" y "a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia"), entre otras en su STEDH en el caso Sejdovic contra Italia, de 1 de marzo de 2006. No obstante, afirma que *"ni la letra ni el espíritu del artículo 6 del Convenio impiden a un individuo su renuncia a su libre elección, ya sea expresa o tácita, de las garantías de un proceso equitativo […]. Sin embargo, para que resulte efectiva a los propósitos del Convenio, una renuncia a estar presente en el juicio debe establecerse de modo inequívoco y acompañarse de unas mínimas garantías acordes a su relevancia […]. Además, no debe ir en contra de cualquier interés público relevante".* Por ello señala la necesidad de que se constate que su ausencia no fue debida a una incorrecta notificación o que concurría una causa de fuerza mayor o alguna justificación. Y en el caso de ser juzgado en ausencia –cuestión cuya regulación que deja a las legislaciones nacionales- resultará exigible el respecto a aquellas garantías que determinen el carácter del proceso como equitativo, valorado en su conjunto. En esos mismos términos ha sido recogido ese derecho a la presencia en el juicio en la Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. GRABENWARTER[240], considerando algunas SSTEDH como las de los casos Timergaliyev contra Rusia, de 14 de octubre de 2008, y Grioryevskikh contra Rusia de 9 de abril de 2009, establece la obligación positiva de los Estados de asegurarse que el acusado puede seguir el proceso, por ejemplo, en casos de deficiencia auditiva o encontrarse bajo los efectos de medicación. Tal previsión respecto a las personas con limitaciones auditivas o de

[240] GRABENWARTER, C. (2014: 155).

expresión oral ha sido acogida por la Directiva 2010/64/UE[241], transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, mediante la que se incorporaron los artículos 123 a 127 de la LECr.

Un importante número de sentencias del Tribunal de Estrasburgo ha analizado la efectividad del derecho al proceso público en la segunda o sucesivas instancias. Una de las consideraciones relevantes en estas instancias es la de si el análisis se circunscribe a cuestiones únicamente jurídicas o también puede alcanzar a los elementos fácticos de la controversia. Sin embargo, en lo que aquí interesa, el TEDH ha declarado que, aunque nos hallemos ante un tribunal con jurisdicción plena para conocer de ambas cuestiones, el artículo 6.1 del CEDH no siempre establece un derecho a la audiencia pública o, si tiene lugar una audiencia pública, el derecho del recurrente a estar presente en la misma (STEDH en el caso Sigurthor Arnassson contra Islandia, de 15 de julio de 2003). La necesidad de esa audiencia pública, y la consiguiente presencia del recurrente, vendrán determinadas –a juicio del TEDH- por el alcance de la revisión efectuada. Así, el TEDH ha establecido que dicha audiencia resulta necesaria cuando el tribunal de apelación efectúa una nueva apreciación de los hechos probados en primera instancia y los reconsidera, *"cuestión que va más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas"* (entre otras, SSTEDH caso Spînu contra Rumania, de 29 de abril de 2008 o Igual Coll contra España, de 10 de marzo de 2009).

En el concreto ámbito de la justicia militar, ha de hacerse referencia a la STEDH en el caso Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996[242]. Pese a

[241] Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. Dispone en su artículo 1.3: *"El derecho a interpretación en virtud de los apartados 1 y 2 incluye la asistencia a personas con limitaciones auditivas o de expresión oral".*

[242] Se trata de un oficial de las Fuerzas Armadas noruegas que es condenado por el Tribunal Supremo por un delito de negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de su puesto (era jefe de una estación en una isla del Ártico) tras haber sido absuelto por un tribunal en primera instancia.

que el Gobierno noruego invocó que el Tribunal Supremo había dictado su sentencia condenatoria sin alterar los hechos declarados probados por el tribunal de primera instancia, el TEDH *"no considera que la cuestión a determinar por el Tribunal Supremo al condenar y sentenciar al recurrente -y haciéndolo mediante modificación de la absolución del Tribunal Local-, desde la perspectiva de un juicio justo, pudiera ser debidamente examinada sin una valoración directa de las declaraciones del recurrente en persona".*

Más allá del orden penal, encontramos la STEDH en el caso Zelenkov contra Rusia, de 18 de abril de 2013, en la que se abordaba la expulsión de un militar del Ejército ruso, sin que fuera oído en el juicio en segunda instancia. No se trata aquí de una vulneración del derecho a la audiencia pública por falta de previsión de la ley, pues ésta sí lo establecía, pero permitía al tribunal seguir con el examen de la apelación si alguna de las partes, válidamente citada, no acudía a la vista de la misma. Para el TEDH dicha previsión no resulta contraria al artículo 6.1 del CEDH, pero, aun cuando el modo en que el derecho interno establece la forma de efectuar las notificaciones no es un asunto valorable desde la perspectiva de ese artículo 6.1 del CEDH, sí vulnera dicho precepto el hecho de que se prescindiera de la audiencia pública sin poder acreditar que el recurrente fue citado a la misma en debida forma, pues ello determina la efectividad de que pudiera acudir y defenderse ante el tribunal. De nuevo el TEDH lleva cabo una valoración de la cuestión con un marcado carácter finalista, atendiendo al propósito de la audiencia pública en el contexto del derecho de defensa, donde se encuentra previsto y a la efectividad real de dicho derecho.

Ese carácter finalista aparece también en otra sentencia en la que se analizan hechos relacionados con un militar, la STEDH en el caso Margus contra Croacia, de 13 de noviembre de 2012[243]. En lo que ahora se analiza, el recurrente, militar del ejército croata condenado por crímenes de guerra, fue

[243] Confirmada posteriormente por la STEDH (GS) de 27 de mayo de 2014.

expulsado de la sala durante la vista por interrumpir el orden de la misma. Para el TEDH *"es una obligación común de los miembros del tribunal la de mantener el orden en la sala y las normas establecidas para tal fin se aplican por igual a todas las partes, incluido el acusado".* Pero lo que fundamentalmente lleva al TEDH a su conclusión es el hecho de que la expulsión del acusado no supuso la de su letrado, que permaneció en la sala y pudo exponer sus conclusiones finales y escuchar las de las demás partes, por lo que el derecho de defensa no se vio menoscabado.

Dentro del carácter público del proceso que establece el artículo 6.1 del CEDH, de forma autónoma, el párrafo segundo del mismo establece la necesidad de pronunciamiento público de la sentencia. Por ejemplo, ya en la STEDH en el caso Sutter contra Suiza, de 22 de febrero de 1984[244], se cuestionaba el TEDH el alcance de los términos que contenían las redacciones inglesa y francesa del Convenio acerca del pronunciamiento público de la sentencia. Al respecto concluye que *"el Tribunal no cree que deba seguir una interpretación literal en este punto. Considera que, en cada caso, la forma de publicidad que debe darse a la sentencia, según el ordenamiento interno del correspondiente Estado, debe ser valorada a la luz de las especiales características del proceso en cuestión, y en relación con el ámbito y finalidad del artículo 6.1".* Así, en el concreto caso que se analizaba, no estimó que se vulnerara esa obligación de publicidad puesto que las sentencias del Tribunal de Casación Militar suizo quedaban depositadas en la secretaría de dicho tribunal, resultaban accesibles a todo el que pudiera mostrar un interés en la causa y las más relevantes eran objeto de publicación en una recopilación oficial. Para valorar adecuadamente la suficiencia de publicidad, considero que no puede prescindirse del hecho de que la sentencia en cuestión fue dictada en 1977 y obviamente los medios tecnológicos para facilitar la publicidad de las resoluciones no eran los actuales.

[244] Se trata de la condena a un soldado de reemplazo por insubordinación, la cual es confirmada por el Tribunal Supremo Militar.

A la conclusión opuesta llega el TEDH en el ya comentado caso Nikolova y Vandova contra Bulgaria. Debido a la clasificación como secreto del asunto, el mismo no sólo fue analizado a puerta cerrada –como vimos-, además la sentencia no fue expuesta en público, ni se encontraba disponible en la secretaría del tribunal o en un sitio web, ni podía obtenerse una copia por el propio recurrente. Además, el documento no fue desclasificado hasta más de cinco años después de su pronunciamiento por el Tribunal Supremo Administrativo. Recuerda el TEDH que ya ha puesto de manifiesto algunas soluciones técnicas para permitir la publicidad, aunque sea parcial, de las resoluciones judiciales referidas a cuestiones clasificadas, de manera que la protección de dicha información no hace necesaria la restricción absoluta de toda publicidad, sino que habrá de valorarse la necesidad y proporcionalidad de las restricciones adoptadas en cada caso específico.

3.6. El derecho a la duración "razonable" del proceso.

Señala el aforismo que "justicia tardía no es justicia". La duración razonable del proceso es una cuestión que cobra especial importancia en las jurisdicciones militares, dado que los delitos castrenses aparecen generalmente caracterizados por la necesidad de que la respuesta punitiva frente a los mismos sea rápida, a fin de proteger bienes jurídicos que pueden sufrir un mayor quebranto sin esa celeridad en la respuesta. Como señala QUERALT JIMÉNEZ[245], *"[u]no de los aspectos que se ha visto más influido por el canon europeo ha sido la identificación del derecho a no padecer dilaciones indebidas con un derecho a que los procesos se desarrollen en un plazo razonable".*

[245] QUERALT JIMÉNEZ, A. (2008) *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 283.

Al respecto, el TEDH ha declarado de forma reiterada[246] que *"la razonabilidad de la duración de los procesos debe ser valorada atendiendo a las circunstancias del caso y con referencia a los siguientes criterios: la complejidad del caso, la conducta del recurrente y de las autoridades y de los intereses en disputa para el recurrente. […] El Tribunal reitera que corresponde a los Estados parte organizar sus sistemas legales de tal modo que sus tribunales puedan garantizar a toda persona el derecho a una decisión final en un plazo razonable…".* Como indica DELGADO DEL RINCÓN[247], *"el TEDH utiliza estos criterios conjuntamente para valorar la duración total del proceso en todos sus procedimientos y fases, sin perjuicio de que en algunos casos los aplique a uno de los procedimientos o a una de sus fases."*

Una de las cuestiones que se suscita en relación con la razonabilidad de la duración del proceso es la del lapso temporal a considerar. Al respecto, entre otras, la STEDH en el caso López Solé y Martín Vargas contra España, de 28 de octubre de 2003, recuerda que *"el periodo a tomar en consideración cuando se denuncia vulneración del artículo 6.1 del Convenio, empieza en el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las Autoridades encargadas de perseguir los delitos".* No sólo a estos efectos, sino en cuanto a la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH en su conjunto, HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[248] señalan que *"[e]n los procesos penales, la garantía del tiempo razonable se iniciaría desde el momento que el*

[246] Véanse, entre otras muchas, las SSTEDH en los casos (GS) Pélissier y Sassi contra Francia, de 25 de marzo de 1999 o (GS) Frydlender contra Francia, de 27 de junio de 2000, y Glentzes contra Grecia de 13 de enero de 2011.

[247] DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (2019) "El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: reflexiones y propuestas para evitar futuras condenas del TEDH al reino de España" en MATIA PORTILLA, F.J. y DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (directores), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 63-116.

[248] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 440).

acusado es sometido a una «acusación», entendiendo cuando se encuentra «sustancialmente afectado» por ella." También ha de ser tenido en cuenta lo afirmado en la STEDH en el caso König contra Alemania, de 28 de junio de 1978, cuando establece una precisión en relación con el *dies a quo* en los supuestos en que resulta preceptivo el agotamiento de una vía administrativa previa para acudir al proceso, en cuyo caso la duración excesiva del proceso debe computarse desde la interposición del recurso administrativo. Como recuerda CIRO MILIONE[249], citando la STEDH en el caso Díaz Aparicio contra España, de 14 de octubre de 2001, para el cómputo debe analizarse *"la extensión temporal de todo el juicio en su conjunto e incluyendo también la instancia ante el Tribunal Constitucional"*.

Un caso concreto referido a la esfera de derechos de los militares es el de la STEDH en el caso Svitlana Atamanyuk y otros contra Ucrania, de 1 de septiembre de 2016. Tras el accidente de una aeronave militar durante el desarrollo de un festival aéreo en el aeródromo de Sknyliv, el 27 de julio de 2002, a consecuencia del cual fallecieron 77 personas y cerca de 300 resultaron heridas, se inició un proceso penal contra los posibles responsables, dividiéndose posteriormente en dos procedimientos: uno contra los ejecutores de la exhibición y otro contra los organizadores de la misma. El TEDH rechaza que se hubiera producido una duración excesiva del proceso bajo la consideración de los criterios ya mencionados. Debe tenerse en cuenta que lo que se prorrogó durante 5 años y medio aproximadamente fue la determinación de parte de las responsabilidades civiles, pero, además, el Tribunal también destaca el número de afectados, la dificultad de la investigación y el papel de las autoridades.

En este sentido, respecto de las jurisdicciones militares en general, debe tomarse en consideración la dificultad intrínseca de muchos de los procesos que ante ella se siguen, pues las pericias que en numerosas ocasiones han de practicarse sólo pueden evacuarse por un escaso número de militares

[249] MILIONE, C. (2015: 139).

especializados en una concreta técnica. También la dificultad de investigar hechos que se producen en ambientes hostiles donde la recogida de pruebas resulta, en ocasiones, prácticamente imposible y en escenarios que se encuentran alejados de los propios órganos jurisdiccionales con escasos medios de investigación disponibles *in situ*.

Relacionado con lo anterior, otra de las posibles dificultades a que se enfrenta la duración de los procesos judiciales militares es la del lapso temporal existente entre los hechos a enjuiciar y el inicio del proceso. Esta compleja circunstancia puede encontrarse en el enjuiciamiento de los delitos contra la comunidad internacional (en la denominación empleada por el Título XXIV del Libro II de nuestro CP). El artículo 131.3 del CP, cuya redacción responde a la reforma del Código operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, así como el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, establecen la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado[250].

Sobre esa cuestión se ha pronunciado el TEDH en varios casos. Sin perjuicio de su análisis en el capítulo VI respecto del principio de legalidad, la DTEDH en el caso Sawoniuk contra Reino Unido, de 29 de mayo de 2001[251], se analiza la incidencia en los derechos de defensa por el transcurso del tiempo desde los hechos investigados. El Tribunal, tras invocar el carácter imprescriptible de los delitos imputados, señala que *"[e]stá acreditado que en este caso la carga de la*

[250] España ratificó dicho estatuto, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, mediante Instrumento de ratificación de 19 de octubre de 2000 (previa autorización conferida por la Ley Orgánica número 6/2000, de 4 de octubre), sin embargo no es parte en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968 ni en el Convenio Europeo para la inaplicabilidad de límites estatutarios a los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

[251] El caso analiza el proceso seguido contra el Sr. Sawoniuk, ciudadano polaco residente en Reino Unido, juzgado por su actuación como jefe de la policía local de Domachevo (Polonia) durante la ocupación nazi, de acuerdo con la War Crimes Act de 1991 (relativa al enjuiciamiento de crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial).

prueba recaía en la acusación para establecer mas allá de toda duda razonable que el recurrente cometió los delitos que se le imputaban y que, representado por sus abogados, gozó de un juicio justo y de la efectiva oportunidad de postular estas cuestiones en su favor, incluidos los argumentos referidos a la credibilidad de las testificales". Recuerda el TEDH que el juez recordó esos extremos al jurado, decidiendo este por sí mismo si las pruebas referidas a hechos de 1943 eran creíbles y fiables. Además, señala que "*como indicó el Tribunal de Apelación, la prueba clave del caso no era la identificación, años después de los hechos, del presunto autor de crímenes de guerra, sino la recopilación de testimonios de hechos impactantes, susceptibles de generar un profundo impacto, que se referían a una persona que ellos ya conocían".* De ello puede deducirse que, con independencia del lapso temporal transcurrido, lo que el tribunal ha de alcanzar es una prueba de la entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia predicable de todo acusado, valorándola libremente, quebrándose el derecho a un juicio justo si dicha prueba no ha tenido lugar, se ha llevado a cabo sin posibilidad de defensa por el acusado o, finalmente, si el resultado de la misma es insuficiente para acreditar los hechos imputados.

La STEDH en el caso Jordan contra Reino Unido (nº 2), de 10 de diciembre de 2002, analiza el enjuiciamiento por una *court martial* del soldado Jordan por un delito de obtención indebida de un lucro (reclamación fraudulenta de beneficios de kilometraje). El TEDH rechaza la complejidad del proceso como motivo de la dilación sufrida por el mismo (la investigación fue iniciada el 3 de marzo de 1995 y la sentencia dictada el 22 de noviembre de 1999, desestimándose su apelación el 15 de enero de 2000), sin embargo, señala que *"puede decirse que de forma innecesaria él* -el recurrente- *contribuyó al retraso en la fijación de la fecha de la vista el 1 de diciembre de 1997.[…] el recurrente fue el responsable del aplazamiento de los procesos de revisión judicial entre el 26 de marzo y el 27 de julio de 1999 y no asistió el 15 de noviembre de 1999, fecha en la que había sido reprogramada la vista de la court martial",* pero sin embargo, atendiendo a la

actitud de los órganos intervinientes en el proceso, concluye que *"si bien pueden imputarse períodos significativos de demora al demandante, el procedimiento en su contra no se llevó a cabo con la diligencia exigida por el artículo 6.1. En consecuencia, se ha producido una infracción de esta disposición, ya que las acusaciones penales contra el demandante no se determinaron en «un plazo razonable»".*

A semejante conclusión llega en la STEDH en el caso Sutyagin contra Rusia, de 3 de mayo de 2011, debido a que el órgano sentenciador devolvió la causa para una mayor instrucción, afirmando el TEDH al respecto que *"las autoridades tardaron unos dos años y cinco meses en presentar los cargos definitivos contra el demandante el 29 de julio de 2002, lo que revela poca diligencia por su parte. El Gobierno no ofreció ninguna justificación para este retraso".* Es decir, a pesar de la complejidad del caso, referido a cuestiones técnicas y sometidas a confidencialidad militar, el TEDH considera producido un retraso irrazonable debido a la actuación de las autoridades.

Cabe añadir, como expone CIRO MILIONE[252], que *"a partir del año 2000, el Tribunal de Estrasburgo pasa a considerar la violación del derecho al plazo razonable no sólo desde la perspectiva del Art. 6.1 del Convenio, sino también desde la del Art. 13,* [...] *La responsabilidad de los Estados contratantes implica, naturalmente, el deber de indemnizar las víctimas de las dilaciones indebidas".* Se trata de una consideración plenamente extrapolable al ámbito de derechos de los militares, incluso en mayor medida si se parte de esa celeridad que ha de predicarse en muchos de los procesos que afectan a su estatuto jurídico.

[252] MILIONE, C. (2015: 136-137).

4. LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ.

4.1. Dimensiones de la determinación legal del órgano judicial.

Señala CASADEVALL[253] que *"este requisito del artículo 6.1, adicional a las exigencias de independencia y de imparcialidad, quiere evitar que la organización del sistema judicial en una sociedad democrática quede a la libre discreción y arbitrariedad del poder ejecutivo. Así pues, la materia debe quedar debidamente regulada por la ley".*

El TEDH ha definido en esos mismos términos este derecho[254], entre otras en la STEDH en el caso Cöeme y otros contra Bélgica, de 22 de junio de 2000, añadiendo que *"…ni en países en que la ley está codificada, pueda dejarse la organización del sistema judicial a la discreción de las autoridades judiciales, aunque ello no significa que los tribunales no dispongan de cierta laxitud para interpretar la legislación nacional aplicable"*.

Sin embargo, ello no implica, como señalan HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[255] que *"…todos los detalles del sistema judicial deban ser establecidos por la ley,* […] *cuestiones particulares pueden dejarse a la acción del Ejecutivo por la vía de la legislación delegada, sometida a la revisión judicial para prevenir actuaciones ilegales o arbitrarias",* lo que nos lleva a la necesidad de concretar el alcance de esa determinación legal y la naturaleza de las normas que pueden llevarla a cabo. Señalan también estos autores que *"establecido por la ley también significa «establecido de acuerdo con la ley», de manera que tal requerimiento se*

[253] CASADEVALL, J. (2012: 286).

[254] *"…la expresión tribunal establecido por la Ley en el artículo 6 CEDH tiene por objeto evitar que la organización del sistema judicial […] no se deje a la discreción del Poder Ejecutivo, sino que esta materia sea regulada por una ley del Parlamento."*

[255] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 458).

considera infringido si un tribunal no funciona de conformidad con las particulares normas que lo rigen".

El referente de las resoluciones en esta materia lo constituye la STEDH (GS) en el caso Guðmundur Andri Ástráðsson contra Islandia, de 1 de diciembre de 2020, en la que se efectúa un análisis pormenorizado de este derecho con una prolija referencia a los instrumentos jurídicos internacionales que rigen la materia. Antes de glosar profusamente los términos de la expresión "tribunal establecido por la ley", reitera la idea ya apuntada de que *"la frase «establecido por la ley» se refiere no sólo a los aspectos básicos de la mera existencia de un «tribunal» sino también a la adecuación por dicho tribunal a las normas particulares que lo rigen".* Y enumera una serie de supuestos –no limitativos, dice- que han sido considerados por la jurisprudencia del TEDH en relación con este derecho a la predeterminación legal del órgano judicial: *"(i) un tribunal que actúa al margen de su jurisdicción* […]*; (ii) la asignación o reasignación de un caso a un juez o tribunal determinado* […]*; (iii) la sustitución de un juez sin facilitar una justificación adecuada a lo requerido por la ley nacional* […]*; (iv) la renovación tácita del mandato de los jueces por un periodo indefinido después de que su mandato legal hubiera expirado y estuviera pendiente su renovación* […]*; (v) el juicio por un tribunal en el que algunos de sus miembros se encuentran inhabilitados por la ley para conocer del caso* […]*; (vi) el juicio por un tribunal cuya mayoría estaba compuesta por jueces legos a pesar de la ausencia de un fundamento en la legislación nacional para el ejercicio de funciones judiciales como jueces legos* […]; *(vii) la participación de jueces legos en audiencias contraviniendo la legislación nacional aplicable a los jueces legos* […]*; (viii) el juicio por jueces legos que no han sido designados de conformidad con el procedimiento establecido en la legislación nacional* […]*; (ix) la deliberación de una sentencia por un tribunal que ha sido compuesto por un menor número de miembros del que prevé la ley* […]*; (x) la dirección de procedimientos judiciales por parte de un administrador*

judicial que no estaba autorizado en virtud de la legislación nacional pertinente para llevar a cabo tales procedimientos [...]*"*.

Se aprecian, por tanto, dos dimensiones básicas de este derecho: la fijación y regulación de los órganos judiciales mediante Ley, y el sometimiento de su funcionamiento conforme a normas de idéntico rango, sin perjuicio del desarrollo normativo en determinados aspectos a través de disposiciones reglamentarias. No obstante, como veremos, cabe apreciar otras dimensiones de esta garantía que han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia del TEDH y a las que nos referiremos a continuación.

4.1.1. El alcance de la necesidad de ley previa en la creación de los órganos judiciales

La primera cuestión que cabe plantearse respecto al establecimiento de los órganos judiciales por ley es qué debe entenderse a estos efectos por ley. El informe de la Comisión de 12 de octubre de 1978, caso Zand contra Austria, en orden a resolver tal cuestión, comienza señalando que *"[e]l término «un tribunal establecido por la ley» del artículo 6.1 comprende el conjunto de la configuración organizativa de los tribunales, incluyendo no solo las cuestiones referidas a la jurisdicción de una cierta categoría de tribunales, sino también el establecimiento de los concretos órganos y la determinación de su competencia territorial".* Sin embargo, la verdadera cuestión a dilucidar era si una disposición dictada por un ministro podía entenderse como "ley" a esos efectos, estimando que la previsión de la ley austriaca de que los órganos judiciales laborales fueran creados mediante legislación delegada dictada por el Ministro de Justicia "de acuerdo con las necesidades" no resultaba contraria al artículo 6.1 del CEDH ya que tal disposición implicaba una cierta limitación, aunque vaga, de la discrecionalidad del ministro. Y finaliza el análisis de la cuestión señalando que *"...no obstante, para la plena legalidad de un tribunal en un supuesto concreto, es requisito que esas posibilidades existan, y hayan sido ejercidas de conformidad con la ley*

interna del Estado en cuestión", en referencia -entiendo- al control de la discrecionalidad otorgada.

No se establece, sin embargo, en el artículo 6 del CEDH el carácter previo de esa determinación legal del órgano judicial, como sí determina el artículo 24.2 CE. Convengo con CHIAVARIO[256] en que la exigencia de irretroactividad de las alteraciones de la competencia resulta connatural a dicha garantía, pues de otro modo el legislador podría incidir en la determinación del órgano judicial llamado a resolver un caso concreto y desvirtuar el derecho establecido.

4.1.2. La determinación de la composición de los tribunales mediante Ley y su relación con la imparcialidad del mismo.

La expresión "tribunal establecido por la ley" no admite dudas -como señala el TEDH- sobre la necesidad de que la creación de todo órgano con potestad jurisdiccional haya sido establecida por Ley, pero el derecho que engloba la expresión va más allá. Así, ya la STEDH en el caso Piersack contra Bélgica, de 1 de octubre de 1982, señalaba que *"para resolver esta cuestión, habría que determinar si la expresión «establecido por la ley» comprende no solo la base jurídica de la propia existencia del «tribunal» [...] sino también la composición del tribunal en cada caso; y por tanto, si el TEDH puede revisar el modo en el cual los tribunales nacionales interpretan y aplican la legislación interna en esta materia; y, finalmente, si esa ley resulta en si misma conforme con el Convenio y en particular con el requisito de imparcialidad que establece el artículo 6.1".* En ese concreto asunto el TEDH no consideró oportuno entrar en ese análisis al haber apreciado ya la vulneración del artículo 6.1 en lo relativo a la imparcialidad del órgano, cuestión relacionada con la determinación legal, como se verá.

[256] CHIAVARIO, M. (2001), "Articolo 6" en BARTOLE, S. *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: CEDAM., pp.179-180.

La anterior cuestión queda respondida de forma rotunda, entre otras, en la STEDH en el caso Lavents contra Letonia, de 28 de noviembre de 2002, al afirmarse que *"[l]a «Ley» citada por esta disposición no es por tanto solamente la legislación relativa al establecimiento y a la competencia de los órganos judiciales, sino también cualquier otra disposición de derecho interno cuyo incumplimiento vuelva ilícita la participación de uno o varios jueces en el examen del caso. Se trata concretamente de las disposiciones relativas a los mandatos, a las incompatibilidades y a la recusación de los magistrados".* Pero añade también que *"visto el principio general según el cual es en primer lugar a los tribunales internos a los que corresponde interpretar la legislación interna, el Tribunal considera que no debe cuestionar su apreciación sino en los casos de violación flagrante de dicha legislación".* Es decir, el TEDH se declara competente para entrar a valorar las normas de derecho interno que determinan la composición del órgano judicial, aun cuando sea una labor que primaria y primordialmente corresponde a los propios órganos judiciales nacionales, pero que en casos de violación flagrante pueden determinar la apreciación de una vulneración del artículo 6.1 del CEDH. La argumentación ha sido reiterada, entre otras, en las SSTEDH en el caso DMD group, A.S. contra Eslovaquia, de 5 de octubre de 2010; en el caso Šorgi contra Serbia, 3 de noviembre de 2011; o en el caso Momcilovic contra Serbia, de 2 de abril de 2013.

Esta dimensión del derecho al tribunal establecido por la ley referida a la composición se ha puesto, además, en relación con el derecho a un tribunal imparcial que proclama el mismo párrafo del artículo 6.1. Un ejemplo de ello lo encontramos en la STEDH en el caso Sutyagin contra Rusia, de 3 de mayo de 2011, cuando manifiesta que *"[l]a asignación de un caso a un concreto juez o tribunal recae en el margen de apreciación atribuido a las autoridades nacionales en esta materia. Existe un amplio número de factores, tales como, por ejemplo, los recursos disponibles, la cualificación de los jueces, conflictos de intereses, accesibilidad al lugar de la audiencia por las partes, etc., que deben ser tomados*

en consideración a la hora de asignar un caso. Pese a que no corresponde al TEDH apreciar si hubo una actuación válida de las autoridades nacionales al (re)asignar un caso a un concreto juez o tribunal, el TEDH debe acreditar que tal (re)asignación fue compatible con el art. 6.1 y, en particular, con sus requerimientos de independencia e imparcialidad". En el caso concreto, el hecho de que se sustituyera al juez presidente sin atender a reglas predeterminadas y sin dar traslado de ello a las partes, lleva al TEDH a considerar que las dudas del recurrente acerca de la independencia e imparcialidad del órgano judicial eran objetivamente justificadas.

La STEDH en el caso Pfeifer y Plankl contra Austria, de 25 de febrero de 1992, establece de forma más nítida esa conexión al afirmar que *"las quejas relativas a la ausencia de un tribunal «imparcial» y a la falta de un tribunal «establecido por la ley» son coincidentes en esencia en el presente caso".* Sin embargo, esclarece un extremo que resulta particularmente relevante. El recurrente invocaba una vulneración del artículo 6.1 del CEDH al haber sido enjuiciado por un tribunal penal del que formaban parte dos jueces que habían participado en la fase de investigación. La sentencia señala que la violación del artículo 6.1 del CEDH deriva de la inobservancia de las leyes que regían la composición del órgano judicial -concretamente la posible abstención de esos jueces-, lo que hace innecesario analizar cuál fue la concreta participación previa de los jueces en la fase de investigación (lo que incidiría en la imparcialidad propiamente dicha).

La ya citada STEDH (GS) en el caso Guðmundur Andri Ástráðsson contra Islandia, lleva a cabo una pormenorizada exposición del vínculo existente entre la predeterminación del juez y la independencia e imparcialidad del mismo. Recuerda, en este sentido, que *"cuando se determina si un «tribunal» es «establecido por la ley», la referencia a la «ley» comprende cualquier previsión del derecho interno –incluidas, en particular, las previsiones relativas a la*

independencia de los miembros del tribunal- las cuales, si son quebrantadas, supondrían la participación «irregular» de uno o más jueces en el examen del caso. […] *a fin de establecer si un «tribunal» puede ser considerado independiente con el significado del artículo 6.1, debe ser tenido en cuenta, entre otros, el modo de nombramiento de sus miembros […], el cual, como se expuso antes […], pertenece a la esfera del establecimiento de un «tribunal»".*

4.1.3. Predeterminación legal del órgano y conexión de objetos procesales.

El alcance de la exigencia de norma legal en la creación del órgano judicial y determinación de su competencia puede generar dudas cuando nos hallamos ante supuestos de atribución de la competencia por conexión o relación de diversos objetos que conviene sustanciar en un mismo proceso.

La mencionada sentencia del caso Cöeme y otros contra Bélgica apreció que la Corte de Casación Belga no podía ser considerada un "tribunal establecido por la ley", en el sentido del artículo 6.1 del CEDH, para el enjuiciamiento de cuatro de los recurrentes. Si bien el artículo 103 de la Constitución de ese país, hasta la reforma de 1998, exigía que los ministros del Gobierno, excepcionalmente, fueran juzgados por dicho tribunal, no existía ninguna previsión legal que extendiera la jurisdicción de esa Corte a otros acusados por delitos relacionados con aquellos por los que eran juzgados los ministros. Esta situación puede darse en el ámbito de las jurisdicciones militares si asumen el conocimiento de delitos conexos cuya competencia no le esté legalmente atribuida.

4.1.4. La determinación por Ley de las reglas de funcionamiento de los tribunales y la igualdad de armas entre las partes procesales.

Como se anticipaba, la expresión "tribunal establecido por la ley" extiende sus efectos a la necesidad de que las reglas procesales que determinan el modo de actuar de los tribunales también deban estar recogidas en una norma. La

citada STEDH caso Cöeme y otros contra Bélgica, dispone al respecto que *"el principio de que las reglas del procedimiento penal deben establecerse por ley es un principio general del derecho. Resulta paralelo a la exigencia de que las normas de derecho penal sustantivo sean asimismo establecidas por ley y está consagrada en la máxima "nullum judicium sine lege".* Pero lo que ahora conviene destacar es que esa predeterminación de las reglas procesales se encuentra inextricablemente conectada con la igualdad de armas entre las partes, exigencia ínsita en el derecho a un proceso equitativo previsto en el propio artículo 6.1 del CEDH. Así, continúa la sentencia Cöene y otros contra Bélgica, afirmando que la determinación de las reglas del proceso penal *"impone determinados requisitos en relación con el desarrollo del procedimiento, en aras a garantizar un juicio justo, que implica el respeto a la igualdad de armas. El principio de igualdad de armas exige que cada una de las partes debe disponer de una oportunidad razonable de presentar su caso bajo condiciones que no le sitúen en una sustancial desventaja con su contraparte".* En el caso concreto, el TEDH considera que la falta de normas procesales previamente establecidas situó al acusado en una considerable desventaja frente al fiscal, lo que le privó del derecho a un juicio justo en los términos del artículo 6.1 del CEDH.

4.2. La determinación legal de los tribunales militares.

Son escasos los pronunciamientos del TEDH referidos a los aspectos anteriormente analizados en el concreto ámbito de los órganos jurisdiccionales militares. No obstante, cabe analizar como cada uno de esos aspectos puede considerarse cumplimentado en nuestro ordenamiento.

4.2.1. Consideración de la normativa infra legal en la determinación y funcionamiento de los órganos judiciales militares.

La primera cuestión abordada en el apartado anterior era la referida a qué debe entenderse por ley a efectos de la consideración de "tribunal establecido por

la ley". Como se ha visto, el TEDH contempla la posibilidad de que tanto la creación como la regulación de la composición y funcionamiento de los órganos judiciales puedan ser regulados por disposiciones de carácter reglamentario con las limitaciones señaladas. Nuestro ordenamiento jurídico parece, sin embargo, más restrictivo al respecto. Así, el artículo 29 de la LOPJ señala que: *"La planta de los juzgados y tribunales se establecerá por ley…",* de tal manera que la creación o supresión de órganos judiciales es materia reservada a la ley y, asimismo, la determinación de las competencias de los mismos también se establecerá por normas con tal rango. Sin embargo, existen determinados aspectos en los que se prevé la participación del CGPJ en la concreción de algunos aspectos competenciales u organizativos que pudieran incidir en la predeterminación del órgano judicial. Así, el artículo 98 de la LOPJ permite al CGPJ la atribución de determinados asuntos dentro de un orden jurisdiccional a determinados órganos jurisdiccionales en un ámbito territorial concreto (juzgados de familia o juzgados "de cláusulas suelo"[257]) y el artículo 560.1.16ª de esa misma Ley confiere al CGPJ potestad reglamentaria en diversas materias que pueden incidir en la determinación del juez, como por ejemplo el reparto de asuntos y ponencias o el régimen de guardias de los órganos judiciales. También asumen, tanto el propio CGPJ como las distintas Salas de Gobierno importantes funciones en relación a cuestiones tales como sustituciones, medidas de refuerzo de órganos judiciales, nombramiento de magistrados suplentes y jueces sustitutos, etc. El ejercicio de todas estas competencias, en la medida en que puede afectar al derecho a la determinación legal del juez, debe estar previamente regulado y compete al TEDH verificar que se ha observado lo dispuesto en la normativa interna en aras de la protección del derecho que reconoce el artículo 6.1. Como señala de forma

[257] Su denominación correcta es la de juzgados con conocimiento exclusivo y, en su caso, excluyente en la materia relativa a acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física (Creados por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de mayo de 2017, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 126, de 27 de mayo, siendo posteriormente modificado por distintos acuerdos posteriores del mismo Órgano).

contundente la STEDH en el caso Posokhov contra Rusia, de 4 de marzo de 2003, *"al Tribunal se le pide que examine alegaciones tales como las hechas en el presente caso respecto a la flagrante violación de las normas internas para el nombramiento de los funcionarios judiciales".*

Partiendo de lo anterior cabe analizar la actual determinación de los órganos judiciales militares en España. Estos órganos se encuentran fijados por la Ley 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, que también establece sus sedes y el ámbito territorial de los mismos. Por su parte, la LOCOJM determina la composición de los órganos judiciales militares. Sin embargo, de facto, dicha planta judicial no es observada y existen diversos puestos jurisdiccionales que no son objeto de asignación, lo que puede incidir -como hemos visto- en el derecho a la determinación legal del juez. A este respecto no cabe admitir que el artículo 25 de la LOPM, cuando atribuye a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central la facultad de *"solicitar el anuncio y provisión de las vacantes que se produzcan en los órganos judiciales militares"*, le esté confiriendo a ese órgano gubernativo una facultad discrecional de determinación de las vacantes que han de ser o no anunciadas, pues ello supondría suplantar, por vía de hecho, la competencia que corresponde al legislador a la hora de establecer la organización y planta de la jurisdicción militar.

Tampoco parece tener cabida esa facultad de determinación de las plazas a ocupar en virtud del artículo 326.3 de la LOPJ. Dicho precepto establece: *"El Consejo General del Poder Judicial, mediante acuerdo motivado, podrá no sacar temporalmente a concurso determinadas vacantes, siempre que estuvieren adecuadamente atendidas mediante magistrados suplentes o jueces sustitutos, cuando las necesidades de la Administración de Justicia aconsejasen dar preferencia a otras de mayor dificultad o carga de trabajo".* Además de la inexistencia de un Acuerdo del CGPJ en relación a la supresión temporal de esas vacantes, el mismo debería tener una vigencia temporalmente limitada y

argumentarse su adecuada atención mediante una figura inexistente en la jurisdicción militar como es la de los magistrados suplentes o jueces sustitutos. La excepcionalidad de tales acuerdos se infiere fácilmente de la STS (Sala III) de 12 de julio de 2016, cuando señala: *"…siendo así que los preceptos antes transcritos obligan, como regla, a incluir en la convocatoria del concurso todas las vacantes existentes a la fecha del acuerdo, autorizando sólo, como excepción, la no inclusión de aquéllas para las que, motivadamente, se afirme que concurren las dos circunstancias expresadas en ese artículo 326.3, habremos de concluir afirmando que el Acuerdo impugnado los infringió y debe, por ello, ser anulado".*

Es decir, en el concreto ámbito de la jurisdicción militar puede también admitirse un ámbito de incidencia a normas que carecen de rango legal y que, de acuerdo con el ordenamiento interno, emanarán del CGPJ o de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, pero será -como veremos- en lo relativo a cuestiones previamente reguladas por ley, únicamente con el propósito de preestablecer la composición del órgano judicial.

4.2.2. La concreción de la composición de los tribunales militares.

Como ha quedado expuesto, la determinación legal del órgano jurisdiccional comprende también el establecimiento de las normas que regulen la composición que haya de adoptar el órgano jurisdiccional ante cada vicisitud que pueda plantearse, es decir, que se normen de forma indubitada supuestos tales como los turnos de reparto, las sustituciones o los nombramientos de jueces.

OVEJERO PUENTE[258] afirma, atendiendo a la STEDH en el caso Posokhov contra Rusia, de 4 de marzo de 2003, que *"el derecho se vulnera cuando se opera al margen de lo que establece la Ley, aunque es muy habitual que al hacerlo el juez*

[258] OVEJERO PUENTE, A. M. (2019: 169).

deje de ser imparcial e independiente y tenga triple responsabilidad en este sentido."

En el ámbito de la jurisdicción militar, algunas legislaciones contemplan la designación de jueces *ad hoc*, lo que puede incidir tanto en el derecho a la determinación legal del órgano como en la independencia e imparcialidad del mismo. Así lo considera CIRO MILIONE[259] atendiendo a lo establecido en la STEDH en el caso Morris contra Reino Unido, de 26 de febrero de 2002[260] -sobre la que incidiremos al analizar la independencia e imparcialidad de los tribunales militares-.

En relación con esta cuestión de las normas determinantes de la composición de los órganos judiciales militares, resulta sumamente esclarecedor el ATS (Sala V) de 25 de enero de 2018, cuando señala que *"El derecho al juez predeterminado por la ley es un derecho de rango constitucional establecido en el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Tal derecho supone, entre otros extremos, que la composición del Tribunal esté previamente determinada por la ley y que la designación de los miembros del órgano judicial tiene que haberse realizado conforme a criterios generales establecidos también con carácter previo por la ley. Por supuesto, este derecho excluye que la designación de tales miembros haya sido ad hoc y sin seguir el criterio legal.*

En el presente caso, debió razonarse por qué era preciso sustituir a los miembros del Tribunal y, seguidamente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar, exponer fundadamente cual era el criterio seguido para designar a los miembros del Tribunal. La ausencia de razones

[259] MILIONE, C.. (2015: 105).

[260] El apartado 78 de dicha sentencia declara innecesario el pronunciamiento acerca de la conculcación del derecho al juez establecido por ley al haberse estimado el recurso por vulneración de la independencia e imparcialidad del órgano.

conduce a que pueda parecer una designación arbitraria y esto, por sí sólo, implica una vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley".

Sin duda, tal pronunciamiento obliga a que toda sustitución o designación de los diferentes miembros de órganos judiciales militares parta de lo dispuesto en una norma previa y que, ante un supuesto de actuación judicial que pueda estimarse no ordinaria, quede constancia en el proceso concreto de las razones que han motivado la misma.

4.2.3. Determinación legal del órgano y conflictos de jurisdicción.

Hemos analizado en qué forma puede incidir en el derecho a la determinación legal del juez la consideración de diversos objetos procesales en un único proceso. Esta cuestión puede dar lugar a supuestos controvertidos en una jurisdicción especial como la militar pues, junto a esa conexidad delictiva -capaz de alterar las reglas ordinarias delimitadoras del ámbito competencial-, concurren específicas normas de atribución de la competencia dentro de la propia jurisdicción militar.

Así, en nuestro derecho interno, cabría cuestionarse si un Juzgado Togado Territorial tiene competencia para acordar la aceptación de la inhibición planteada por un órgano de la jurisdicción ordinaria si entre los investigados existe algún "aforado" al Tribunal Militar Central. La instrucción de los procedimientos cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central es competencia de los Juzgados Togados Militares Centrales (artículo 57 de la LOCOJM), de manera que si un órgano judicial penal plantea a un Juzgado Togado Militar Territorial una inhibición en un asunto cuya instrucción correspondería[261] a un Juzgado Togado Central, no cabe que el mismo se pronuncie acerca de la admisión del mismo por la jurisdicción militar, pues se trata de materia que

[261] El uso del condicional responde a que la competencia de la jurisdicción militar no ha quedado aun determinada.

excede de su propia competencia y vulnera, por ende, lo dispuesto en el artículo 13 de la LOPM. Lo mismo podrá predicarse del supuesto contrario, es decir cuando un órgano judicial militar remita un procedimiento penal a un órgano del orden penal que, por razón de la distribución competencial, no resulte competente (piénsese, por ejemplo, en la diferenciación competencial entre juzgados de instrucción y juzgados centrales de instrucción). Considero que todo pronunciamiento que pudiera hacerse por un órgano judicial acerca de la jurisdicción competente o del fondo del asunto (por ejemplo, inadmisión de demanda o archivo de diligencias), al margen de las normas de atribución competencial, incidiría en el derecho al juez predeterminado por la ley. Si, como hemos visto, el derecho a la tutela judicial comporta el derecho a obtener una resolución sobre la controversia, la misma deberá ser dictada por el órgano predeterminado legalmente, aun cuando se tratare de acordar la improcedencia del proceso planteado. No obstante, como se expuso al analizar los elementos de la equidad del proceso, la existencia de un sistema de resolución de conflictos capaz de resolver las controversias que puedan plantearse, ya entre órganos de la jurisdicción militar, ya de estos con los de los órdenes penal o contencioso, puede estimarse como una garantía adicional de la predeterminación legal del juez.

4.2.4. Predeterminación del órgano en delitos contra el Derecho Internacional Humanitario.

Como ha quedado expuesto, la predeterminación legal del órgano y de las normas procesales por las que ha de regirse –más exactamente, la falta de estas- puede incidir también en el derecho a la igualdad de armas entre las partes del proceso.

La STEDH en el caso Jorgic contra Alemania, de 12 de julio de 2007, suscita una cuestión de interés para el ámbito castrense como es la determinación de los órganos judiciales competentes para el enjuiciamiento de delitos contra el Derecho Humanitario y su relación con el derecho al juez predeterminado por la

ley. Se trata del caso de un ciudadano bosnio de origen serbio condenado por un tribunal alemán como responsable de actos de genocidio cometidos en la región de Doboj (Bosnia y Herzegovina) entre mayo y septiembre de 1992. Los tribunales alemanes tenían, conforme a su legislación interna, competencia para conocer del enjuiciamiento de personas acusadas de delitos de genocidio cometidos en el extranjero atendiendo a las nacionalidades de los acusados y de las víctimas. El TEDH alude al artículo VI del Convenio sobre el genocidio (Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948) indicando que, pese a los intentos, aun no ha sido desarrollado por los Estados parte en el mismo para determinar la forma en que debe ejercerse la competencia de los tribunales nacionales respecto a estos delitos, pero que el artículo I del mismo establece una obligación para los estados de impedir y castigar tales delitos como regla de *ius cogens*. Por ello *"el razonamiento de los tribunales nacionales de que el Convenio sobre el genocidio, como se expresa en ese artículo, no excluye la jurisdicción para la persecución del genocidio por los Estados cuyas leyes establecen un criterio de extraterritorialidad al respecto, debe ser considerado como razonable (y de hecho convincente)".* Continúa indicando que, en el mismo sentido que los tribunales alemanes, el referido precepto del Convenio sobre el genocidio ha sido interpretado por otros Estados parte como Austria, Dinamarca, Estonia, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza o España y aparece confirmado por lo dispuesto en el artículo 9.1 del Estatuto del ICTY (Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, por sus siglas en inglés). Por todo ello, concluye que no existe una vulneración en la atribución de la competencia para el conocimiento de los delitos de genocidio por parte de los tribunales alemanes.

5. LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES MILITARES.

5.1. La independencia e imparcialidad de los órganos judiciales en la jurisprudencia del TEDH.

Dentro del catálogo de manifestaciones que emergen del artículo 6.1 del CEDH, y no obstante la ya mencionada íntima relación entre todas ellas, una de las de mayor significación es la referida a la necesidad de que los órganos judiciales puedan apreciarse como independientes e imparciales. El Estado de derecho, asentado en el principio de separación de poderes, devendría irreal si uno de tales poderes –el judicial- no fuese desempeñado por jueces en los que tales notas concurran. Así lo ha destacado la propia jurisprudencia del TEDH afirmando (STEDH en el caso Svitlana Atamanyuk y otros contra Ucrania, de 1 de septiembre de 2016) que *"el derecho a un juicio justo, del cual el derecho a una audiencia ante un tribunal independiente es un componente esencial, ostenta un lugar preeminente en una sociedad democrática".*

La importancia que la independencia e imparcialidad del órgano judicial desempeña dentro del concepto del derecho a un juicio justo queda fuera de toda duda. Muestra de ello es la formulación en el Derecho Internacional de diversos textos orientados a la defensa de estas notas y, así, cabe mencionar los principios fundamentales de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la magistratura[262] (1985), y en el seno del propio Consejo de Europa, la Carta Europea sobre el estatuto de los jueces de 1998 y más recientemente la Carta Magna de los jueces[263]. El punto 2 de este último texto proclama: *"La*

[262] Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, con base en el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial que proclaman tanto el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) como el artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966).

[263] Adoptada por el *Consultative Council of European Judges* (CCJE) -órgano consultivo del Consejo de Europa en materia de independencia, imparcialidad y competencias de los jueces-, durante su 11ª reunión

independencia y la imparcialidad del juez constituyen presupuestos indispensables para el funcionamiento de la justicia".

La relevancia de estos postulados se colige también del ingente número de resoluciones del TEDH referidas a los mismos, las cuales, como señala JIMÉNEZ ASENSIO[264], han sido de gran influencia *"a la hora de densificar el derecho al juez imparcial e independiente".* Para ESPARZA LEIBAR y EXTEBARRÍA GURIDI[265] *"[e]n la jurisprudencia del TEDH sobre los contenidos que giran en torno al «Tribunal» ocupan un lugar preferente los relativos a la independencia e imparcialidad de aquel. No sólo desde la perspectiva cuantitativa, sino también de su incidencia en los ordenamientos y jurisprudencia de los Estados integrantes del Consejo de Europa".*

Sin embargo, pese a la incuestionable aportación del TEDH en esta materia, en su jurisprudencia no encontramos una clara definición de los conceptos de independencia e imparcialidad. La STEDH en el caso Piersack contra Bélgica, de 1 de octubre de 1982, señala que *"la imparcialidad denota normalmente la ausencia de prejuicio o parcialidad",* definición un tanto parca del concepto o, como afirma MONTERO AROCA[266], *"muy pobre, pues incluye lo definido en la definición".* Para CASADEVALL[267], *"[l]a noción de tribunal independiente parte de la premisa de la libertad absoluta del juez y de la ausencia de subordinación a*

plenaria, el 17 de noviembre de 2010, en la que se sintetizan y codifican las principales conclusiones de los informes que ya habían sido aprobados.

[264] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2002) *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial,* Madrid: Colex. pp. 54-55.

[265] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 221).

[266] MONTERO AROCA, J. (1999) *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.44.

[267] CASADEVALL, J. (2012: 280 y 282).

ninguna autoridad", mientras que la de tribunal imparcial ha de interpretarse *"en el sentido de ausencia de prejuicio o de toma de posición".*

Siguiendo a BUSTOS GISBERT[268] *"[l]a independencia judicial es, usando los términos de Robert Alexy, un mandato de optimización de doble naturaleza. Por una parte es un mandato que ordena la máxima realización de un objetivo organizativo o institucional: la separación del poder judicial del resto de poderes en el ejercicio de sus funciones. Por la otra, es un mandato que ordena la máxima realización de un derecho fundamental: la garantía de un juicio justo en cuanto procede de una persona o grupo absolutamente independiente e imparcial. Obviamente, ambos mandatos se condicionan mutuamente constituyendo las dos caras de una misma moneda".*

Respecto de la imparcialidad, señalan MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILLAR[269] que *"[p]or parcialidad debe entenderse el designio o, al menos, la prevención del juez de poner el ejercicio de su función al servicio o del interés de una de las partes o del interés del propio juez. En sentido negativo imparcialidad es la ausencia de ese designio o de esa prevención".*

Pese a la pretendida distinción entre los términos de independencia e imparcialidad a la que se ha hecho referencia, su delimitación resulta extraordinariamente compleja en la práctica[270]. En el ámbito doctrinal la diferenciación entre independencia e imparcialidad ha tratado de establecerse de forma paralela a la distinción entre la jurisdicción como potestad y la jurisdicción

[268] BUSTOS GISBERT, R. (2016) "La independencia judicial en Europa", en GONZÁLEZ PASCUAL, M. (directora) y SOLANES MULLOR, J. (coordinador), *Independencia Judicial y Estado Constitucional: el Estatuto de los Jueces.* Valencia: Tirant lo Blanch, edición electrónica, p. 29.

[269] MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. (2018) *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 100.

[270] Un análisis en nuestra doctrina de las diferencias entre independencia e imparcialidad en LORENZO DE MEMBIELA, J.B. (2000), "La reforma de la recusación y la abstención del órgano jurisdiccional en la ley de procedimiento laboral en virtud de la disposición final undécima de la ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000", *Revista del Poder Judicial* nº 57, pp. 519-527.

como función[271]. Así, *"la imparcialidad está vinculada a la independencia, si bien no deben ser confundidas, pues afectan a dos momentos diferentes del ejercicio de la jurisdicción. La independencia constituye una nota esencial de la jurisdicción como potestad, mientras que la imparcialidad afecta a la jurisdicción como función. La primera se predica del momento constitucional, la segunda del momento procesal. Por otra parte, la independencia constituye un presupuesto y un instrumento de la imparcialidad, necesario, pero no suficiente"*[272].

En el concreto ámbito de la jurisprudencia de Estrasburgo, la mayor parte de las resoluciones del TEDH analizan ambos conceptos a través de una valoración conjunta de los mismos. Como señalan ESPARZA LEIBAR y EXTEBARRÍA GURIDI[273], *"[e]xiste un vínculo tan estrecho entre las garantías de independencia e imparcialidad que en algunas ocasiones el TEDH ha expresado la dificultad de precisar una de otra".* En el concreto ámbito de los tribunales militares, de forma reiterada señala el TEDH[274] que *"[l]os conceptos de independencia e imparcialidad objetiva están estrechamente vinculados y el Tribunal los considerará conjuntamente por su relación en el presente supuesto"*.

A pesar de esa dificultad, la apuntada relevancia de estos postulados obliga a tratar de aproximarse a los mismos y extraer los elementos de que se componen, tratando de determinar cómo pueden ser considerados los mismos en el concreto ámbito de las jurisdicciones militares.

---

[271] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 222).

[272] GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2000) *Los procesos penales: comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, *v. I.* Barcelona: Bosch, p. 472. PICÓ I JUNOY, J. (1998) *La imparcialidad judicial sus garantías: la abstención y recusación,* Barcelona: Bosch, p. 32.

[273] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 222).

[274] SSTEDH en el caso Findlay contra Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, ap. 73; caso Morris contra Reino Unido, de 26 de febrero de 2002, ap. 58; caso Martin contra Reino Unido, de 24 de octubre de 2006, ap. 42; caso Cooper contra Reino Unido (GS) de 16 de diciembre de 2003, ap.104; caso Grieves contra Reino Unido (GS) de 16 de diciembre de 2003, ap. 69, entre otras.

5.2. Elementos de la independencia e imparcialidad judicial según el TEDH.

Al objeto de establecer un esquema conceptual, atendiendo a un propósito de simplificación expositiva, abordaremos el análisis separado de cada uno de los elementos en que cabe desgranar -siguiendo la jurisprudencia del TEDH- la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales. Se trata de una labor exegética tendente a la consideración doctrinal de tales elementos, pero ha de tenerse presente que los mismos no pueden ser entendidos sino de forma sistemática y con relación a los supuestos de hecho que, de manera particular, son objeto de las resoluciones del TEDH. Por ello, pese a esta forma de exposición, no cabe establecer conclusiones a partir de una lectura de cada uno de los elementos analizados, sino que las mismas únicamente resultarán coherentes si parten de una visión conjunta de todos ellos. Como señalan ESPARZA LEIBAR y EXTEBARRÍA GURIDI[275] *"el TEDH no se limita, por norma general, a la apreciación aislada de alguno de los criterios mencionados, sino que estima el conjunto de los mismos para valorar si de ellos se puede deducir la independencia del Tribunal".*

Sentado lo anterior, siguiendo a CIRO MILIONE[276], podemos afirmar que los criterios más significativos empleados por el TEDH para pronunciarse sobre la independencia de un tribunal son: la forma de designación de este, la existencia de garantías genéricas a favor de la independencia, la duración del mandato para juzgar y la apariencia externa de independencia. Por su parte, CASADEVALL[277] menciona los procedimientos de nombramiento de los jueces y magistrados, la duración de sus mandatos, su inamovilidad, la formación de las jurisdicciones y la

[275] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 224).

[276] MILIONE, C. (2015: 77). Los mismos elementos son analizados, igualmente, por HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 448-451) y han sido constatados por el propio TEDH en su Guía sobre el artículo 6 del CEDH (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf).

[277] CASADEVALL, J. (2012: 280).

previsión y aplicación de garantías contra presiones exteriores, que han de incluir la preservación de las apariencias de su independencia.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU en su observación general nº 32[278], relativa a la interpretación del artículo 14.1 del PIDCP, establece que *"[e]l requisito de independencia se refiere, en particular, al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces, y las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, en los casos en que exista, las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones y la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivo y legislativo".*

Así, la STEDH en el caso Campbell y Fell contra Reino Unido, de 28 de junio de 1984, señala, en su apartado 78, que *"[e]n la determinación de si un órgano puede ser considerado "independiente" especialmente respecto del ejecutivo y de las partes del proceso (ver, entre otras, Le Compte, Van Leuven y De Meyere, sentencia de 23 de junio de 1981, Serie A nº 43, p. 24, par. 55), el Tribunal ha tenido en cuenta el modo de designación de sus miembros y la duración de sus mandatos (ibid., pp. 24-25, par. 57), la existencia de garantías contra presiones externas (ver la sentencia Piersack de 1 de octubre de 1982, Serie A nº 53, p. 13, para. 27) y la cuestión de si el órgano presenta una apariencia de independencia (ver la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970, Serie A nº 11, p. 17, par. 31)".* Esas mismas consideraciones van a ser reiteradas en asuntos referidos a tribunales militares, así –entre otros- en las SSTEDH en el caso Findlay contra Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, párrafo 73, o en el caso Morris contra Reino Unido, de 26 de febrero de 2002, párrafo 58.

[278] CCPR/C/GC/32 de 23 de agosto de 2007 (http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/S-gencom32.pdf).

En lo relativo a la imparcialidad -y sin perjuicio del difícil deslinde ya referido-, para JIMÉNEZ ASENSIO[279] los criterios empleados por el TEDH para apreciar la misma son: la apariencia de imparcialidad, la apreciación de la misma en una vertiente objetiva y otra subjetiva, y, finalmente, el análisis del caso concreto para constatar esa vulneración o no de la imparcialidad. A esta conclusión llega tras la consideración de la prolija jurisprudencia que aborda la cuestión y, así, ya la citada STEDH en el caso Piersack contra Bélgica señalaba que *"[s]i bien la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto".* La imparcialidad personal del juzgador o vertiente subjetiva, *"debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario"*[280]. No obstante, como abordaremos después, de la jurisprudencia del TEDH no puede desprenderse la distinción de estos elementos de forma nítida, ya que en no pocas ocasiones son entremezclados.

Vamos seguidamente a referirnos a cada uno de estos elementos con el fin de establecer una conceptuación aproximada de cada uno de ellos sobre la que pueda llevarse a cabo el análisis de los mismos en relación a los órganos judiciales militares, cuestión que abordaremos en el siguiente apartado.

5.2.1 La forma de designación del órgano judicial.

En relación al modo de designación de quienes integran un órgano judicial, resulta necesario señalar aquí que según el TEDH (entre otras, SSTEDH en el caso

[279] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2002:183).

[280] STEDH en el caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica, de 23 de junio de 1981, ap. 58.

Belilos contra Suiza, de 29 de abril de 1988; en el caso Campbell y Fell contra Reino Unido, citado anteriormente o en el caso Sramek contra Austria 22 de octubre de 1984) la mera designación de los componentes de un tribunal por parte del Poder Ejecutivo no es sinónima, por sí sola, de falta de independencia, si ello no se traduce en una posibilidad de dirigirle instrucciones vinculantes y obligatorias. El elemento determinante es que esa vinculación se manifieste en el momento del ejercicio de la jurisdicción. Como señala SÁNCHEZ MUÑOZ[281], *"para el TEDH, lo relevante a la hora de analizar el nombramiento no es exactamente quién nombre a los jueces, sino que éstos no dependan de quien los ha nombrado."*

5.2.2. Duración del mandato.

Afirman ESPARZA LEIBAR y EXTEBARRÍA GURIDI[282] que *"[l]a mayor duración del mandato incide o repercute en la independencia de los integrantes del Tribunal al relajarse el temor de que su continuidad en el ejercicio de su función dependa de la mayor o menor satisfacción que provocan sus decisiones en los órganos competentes para ello. Pero tampoco es un dato determinante por sí mismo, pues ha de ser completado con las garantías de la inamovilidad durante dicho mandato o las circunstancias concretas a que responde la duración"*. Se trata, por tanto, de un elemento en el que se evidencia lo indicado acerca de la interrelación entre todos ellos, pues, si bien la duración del mandato de quienes ejercen funciones judiciales puede dar indicios de su independencia en el sentido de inamovilidad, no se trata de una apreciación numérica, sino que han de analizarse las posibles justificaciones que conducen a la predeterminación temporal del mandato o a su sometimiento a límites temporales. En relación con esta cuestión pueden verse las SSTEDH en el caso Sramek contra Austria -que acabamos de referir- o las de

[281] SÁNCHEZ MUÑOZ, O. (2019: 26).

[282] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 227).

los casos Incal contra Turquía (GS), de 9 de junio de 1998 y Ciraklar contra Turquía, de 28 de octubre de 1998, algunas de las cuales serán objeto de estudio posterior por abordar expresamente la cuestión respecto de tribunales militares.

5.2.3. Existencia de garantías genéricas a favor de la independencia.

Se trataría de un conjunto de garantías de difícil sistematización entre sí pero que, siguiendo a CIRO MILIONE[283] aparece caracterizado por un *"mínimo común denominador [...] representado por la finalidad que persiguen: la protección frente a presiones externas".* Se trata de un elemento que en diversas ocasiones el TEDH ha vinculado al de la forma de designación, afirmando la necesidad de estas garantías genéricas cuando el modo de designación no denota una clara independencia del órgano judicial. Así, por ejemplo, en la STEDH del ya mencionado caso Piersack contra Bélgica, cuando expone que *"los tres jueces que componen las audiencias (cours d'assisses) gozan de amplias garantías en orden a su protección frente a presiones externas, y la misma finalidad subyace en las reglas estrictas para la designación de los miembros de los jurados (artículos 217–253 del Código Judicial)".* Este elemento resultará, como veremos, particularmente relevante en diversas SSTEDH referidas al análisis del sistema judicial de *courts martial* británico.

5.2.4. Apariencia externa de independencia.

En cuanto a la apariencia externa de independencia, pone en relación los elementos anteriormente analizados con la percepción que de los mismos puede tener el destinatario de la Administración de Justicia. No se trata sino de la evolución del aforismo acuñado en la célebre sentencia de la Corte Suprema de Inglaterra y Gales en el caso *Rex versus Sussex Justices ex parte McCarthy* (El Rey -o el Estado- contra Sussex Justices en representación de McCarthy) de 9 de

[283] MILIONE, C., (2015:81).

noviembre de 1923[284], que señalaba: *"justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done"*[285]. El TEDH subraya esa necesidad de apariencia, consolidando una línea jurisprudencial que no por reiterada ha perdido su valor. Así, refiriéndose de forma confusa tanto a independencia como imparcialidad, el TEDH señala desde su STEDH en el caso Piersack contra Bélgica que *"[e]n esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (Sentencia Delcourt de 17 enero 1970, serie A núm. 11, pg. 17, ap. 31). Como observó el Tribunal de casación belga en su Sentencia de 21 febrero 1979 (apartado 17, supra), todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática".* Y añadirá en su STEDH en el caso Hauschildt contra Dinamarca, de 24 de mayo de 1989 que *"[d]e lo dicho se deduce que, para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo. Lo que sí será decisivo es que sus temores estén objetivamente justificados".* La incidencia de estas consideraciones en la jurisprudencia de nuestro TC resulta incuestionable, hasta el punto de que ha llegado incluso a reproducir literalmente algunos de estos argumentos en sus sentencias[286].

Sin embargo, convengo con ESPARZA LEIBAR y EXTEBARRÍA GURIDI[287] que *"[p]ara la relevancia que el Tribunal atribuye a este criterio de la apariencia, se echa en falta en la doctrina de aquél una mayor claridad expositiva a la hora de articular los elementos que fundamentan dicha apariencia. Bien es cierto que, frente a los*

[284] Una referencia oficial en http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1923/1.html

[285] "La justicia no sólo debe ser dada, sino que debe mostrar manifiesta e indubitadamente que es dada"
[286] Así, las SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, F. 5; 69/2001, de 17 de marzo, FF. 14 a) y 16; 5/2004, de 16 de enero, F. 2.

[287] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 231).

restantes criterios expuestos hasta ahora –duración del mandato, designación, etc.–, presenta el que nos ocupa un mayor margen de apreciación: nada menos que la razonabilidad de los temores o dudas de los justiciables acerca de la independencia del Tribunal. Pero ello no justifica el laconismo con que despacha en ciertos casos la cuestión".

5.2.5. Dimensiones subjetiva y objetiva de la imparcialidad.

Respecto a las dimensiones subjetiva y objetiva de la imparcialidad, la primera viene referida a la vinculación del juzgador con el caso concreto, mientras que la segunda se centra en el órgano jurisdiccional en sí, analizando su estructura funcional y orgánica[288]. La primera, como ya hemos dicho, ha de presumirse en tanto no se evidencie su conculcación, si bien las legislaciones establecen determinadas prohibiciones o incompatibilidades partiendo de la relación subjetiva del juzgador con las partes o sus representantes o con el propio objeto del proceso[289]. Pero ha de precisarse, siguiendo a SÁNCHEZ MUÑOZ[290], que *"el TEDH no dice aquí, ni en ninguna de sus decisiones, que se pueda distinguir entre dos tipos diferentes de imparcialidad. Lo que está diciendo, es que la imparcialidad o su ausencia se pueden constatar a través de dos métodos distintos, uno que atiende a las convicciones personales del juez y otro que toma en consideración diversos hechos o circunstancias del caso que pueden generar dudas sobre la posición imparcial del juzgador."*

[288] Señala PASTOR RIDRUEJO (PASTOR RIDRUEJO, J.A. [2012] "Sobre la compatibilidad de las jurisdicciones militares con las exigencias del juicio equitativo. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en HINOJO ROJAS, M. (coordinador) *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea,* Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, p. 581), que la imparcialidad subjetiva es *"la que incrimina personalmente a los juzgadores"* mientras la objetiva estaría *"basada en alguna particularidad del sistema judicial".*

[289] Así, las causas de abstención y recusación previstas en nuestra legislación en los artículos 219 de la LOPJ y 53 de la LOPM.

[290] SÁNCHEZ MUÑOZ, O. (2019: 30).

Pese a la innegable incidencia de su doctrina en nuestro derecho interno, la distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva en la jurisprudencia del TEDH no resulta coincidente con la establecida bajo esos mismos términos por nuestros TC y TS[291]. De hecho, esta distinción no se encuentra exenta de críticas y así, en nuestra doctrina, JIMÉNEZ ASENSIO[292] la tilda de artificial pues *"[l]a parcialidad será siempre subjetiva, es decir, personalizada en un juez o en jueces, mientras que su invocación, si se pretende que prospere, deberá probarse objetivamente ante el órgano judicial".* MONTERO AROCA[293], por su parte, señala que *"la verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo […], implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso […]. […] la influencia o no en el juez de circunstancia ajena al cumplimiento de la función es algo subjetivo, afecta a su ánimo y, por lo mismo, no cabría constatar objetivamente la imparcialidad".*

Respecto a la imparcialidad subjetiva, considera CIRO MILIONE[294] que, tal y como ha sido caracterizada por el TEDH, la prueba de su concurrencia se convierte prácticamente en una *probatio* diabólica *"puesto que el ámbito sobre el que se desarrolla ese intento de reconstrucción probatoria es incierto y, a veces,*

[291] Como ya se ha apuntado, el TEDH construye esta diferenciación, a partir de su sentencia del caso Piersack contra Bélgica, de 1 de octubre de 1982, sobre la distinción de consideraciones subjetivas del juzgador (imparcialidad subjetiva) y la valoración de la organización y regulación del sistema judicial (imparcialidad objetiva). Sin embargo, para nuestro TC la imparcialidad en su dimensión subjetiva viene referida a las vinculaciones del juez con las partes del litigio, mientras que en su vertiente objetiva se trata de analizar la relación del juez con el objeto del proceso (SSTC 85/2003, de 8 de mayo y 52/2001, de 26 de febrero, entre otras).

Una explicación sobre esta cuestión puede hallarse en QUERALT JIMÉNEZ, A. (2008: 294 a 300).

[292] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2002: 193-194). En sentido coincidente SÁNCHEZ MUÑOZ, O. (2019: 31).

[293] MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. (2018: 187–189). También PICÓ I JUNOY, J. (1998: 51–52).

[294] MILIONE, C. (2015: 96). En sentido análogo, JIMÉNEZ ASENSIO (2002: 194) quien incluso añade que hay casos en que invocar la afectación a la imparcialidad subjetiva es conceptuada como una afrenta a la dignidad judicial, y también BERMÚDEZ OCHOA, E. V. (1997) "La configuración jurisprudencial del concepto de imparcialidad objetiva", *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1, p. 102.

inaccesible". Eso hace que las resoluciones del TEDH referidas a la misma sean ciertamente escasas[295] y, con ello, de una incidencia marginal.

La más habitual consideración de la dimensión objetiva se ha identificado con el análisis de cuestiones referidas a la participación previa del juzgador en el proceso en alguna otra posición y a la necesaria separación en el proceso penal entre las fases de instrucción y enjuiciamiento[296]. No obstante, como señala la STEDH en el caso Gómez de Liaño y Botella contra España, de 22 de julio de 2008, *"el simple hecho de que un Juez haya adoptado decisiones con anterioridad al proceso no puede, en sí mismo, justificar las dudas sobre la falta de imparcialidad (Sentencia Hauschildt citada, pg. 22, ap. 50). Lo que cuenta es el alcance de las medidas adoptadas por el juez con anterioridad al proceso".* Sin entrar a valorar cada uno de los supuestos -que serán objeto de análisis posteriormente en lo referido concretamente a órganos judiciales militares-, la conclusión que cabe extraer de este conjunto de sentencias es que únicamente se ve afectada la imparcialidad cuando el juez que ha de resolver ha intervenido previamente en relación a cuestiones referidas a la culpabilidad del encausado -ámbito penal- o a la cuestión de fondo sobre la que versa el proceso. Tal

[295] Cabe citar la STEDH en el caso Kyprianou contra Chipre, de 27 de enero de 2004, en la que se estima la vulneración del artículo 6.1 del CEDH en la condena con prisión inmediata impuesta a un abogado por desacato por parte de los mismos jueces ante quienes se cometió el mismo. Prácticamente idéntico el supuesto de la STEDH en el caso Alenka Pecnik contra Eslovenia, de 27 de septiembre de 2012.

Por otro lado se encuentran las SSTEDH referidas a la participación de un comisario del gobierno en las deliberaciones del Consejo de Estado francés (SSTEDH caso Kress contra Francia, de 7 de junio de 2001; caso inmuebles Grupo Kosser contra Francia, de 21 de marzo de 2002; caso Theraube contra Francia, de 10 de octubre de 2002; caso Quesne contra Francia, de 1 de abril de 2004), no tanto por la constatación de una vulneración de la imparcialidad subjetiva, sino por la incidencia en la apariencia de dicha imparcialidad.

[296] Al respecto pueden consultarse MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. (2018); CALVO SÁNCHEZ, C. (1989) "El derecho al juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* nº 4, pp. 995-1006; o MIRA ROS, C. (2001) "Que el juez instructor no falle: nueva doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre el juez imparcial", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, pp. 1706-1714.

conclusión, como veremos, tuvo una notable incidencia en lo relativo a la organización y composición de la jurisdicción militar española.

Finalmente, ha de señalarse -como ya se ha apuntado-, la complejidad que conlleva en el plano práctico deslindar imparcialidad e independencia. Particularmente, como señalan ESPARZA LEIBAR y EXTEBARRÍA GURIDI[297] *"se confunden frecuentemente los criterios que integran la apariencia de imparcialidad con los que corresponden a aquella dimensión de la misma* -en referencia a la objetiva-*. Se puede incluso dudar de su consideración autónoma".* Y es que la reconducción de la gran mayoría de los supuestos a la dimensión objetiva de la imparcialidad, unida a la confusión con la independencia y la consideración de las apariencias en este ámbito, dificulta extraordinariamente una sistematización de los criterios mantenidos por el TEDH y, por ende -y más peligroso-, constriñe la seguridad jurídica.

5.2.6. Apariencia de imparcialidad.

En cuanto a la apariencia de imparcialidad, resulta reproducible lo manifestado en cuanto a la apariencia de independencia. Además, como acaba de señalarse, en el caso de la imparcialidad los contornos son aún más difusos con relación a los restantes elementos que hemos descrito, confundiéndose y enlazándose entre sí de forma habitual.

La configuración de lo que ha llegado a denominarse una teoría de las apariencias, no se encuentra, sin embargo, exenta de críticas. Críticas que han procedido, en primer lugar, del propio TEDH, como sucede en el voto particular discrepante de la STEDH (GS) en el caso Kress contra Francia, de 7 de junio de 2001, donde siete de los diecisiete magistrados que integraban la Gran Sala suscribían que *"la teoría de las apariencias, que no es en ningún caso admitida*

[297] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 236).

en el mismo grado por el conjunto de las culturas jurídicas representadas en el Consejo de Europa, ha sido, en el pasado, llevada demasiado lejos". Y continúa: *"en nuestra humilde pero firme opinión, nuestro Tribunal ya ha ido muy lejos en esta materia en el pasado (desde Borgers contra Bélgica, sentencia de 30 de octubre de 1991 (Series A nº 214-B), que, de hecho, representó un abandono de la doctrina establecida previamente en Delcourt contra Bélgica, sentencia de 17 de enero de 1970 (Series A nº 11)), y la mayoría de esta Gran Sala en este caso va demasiado lejos, pese al primer punto de las disposiciones operativas".* La doctrina[298], acogiendo estas opiniones, considera que esta teoría de las apariencias, asentada en parte en los temores de imparcialidad de los justiciables, ha ido perdiendo peso.

5.2.7. Análisis del caso concreto.

Finalmente, el TEDH incorpora el criterio de analizar el caso concreto, en la idea de la imposibilidad de definir una relación inmutable de condiciones de la imparcialidad. Como expone CIRO MILIONE[299], *"se trata de una toma de conciencia del Tribunal de Estrasburgo, referida al hecho de no poder acuñar ningún principio completamente infalible para acreditar si existe o no vulneración del derecho a un juez imparcial, circunstancia por la que pierde todo sentido un estudio abstracto y apriorístico de la causa".*

Al igual que sucedía con la independencia, el TEDH, a partir de su sentencia en el caso Hauschildt contra Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, condiciona la apreciación de toda conculcación de la imparcialidad a las circunstancias de la causa. Así, tras argumentar que la mera intervención de un juez en una fase anterior del proceso no determina por sí misma una quiebra de la imparcialidad, establece que *"[n]o obstante, puede haber circunstancias en un determinado*

[298] MILIONE, C., (2015: 93) y JIMENEZ ASENSIO, (2002: 185).

[299] MILIONE, C., (2015: 98).

caso que justifiquen una conclusión diferente". Tanto en esta sentencia como en otras posteriores[300], el TEDH muestra la necesidad de considerar el concreto papel desarrollado en cada una de sus intervenciones por quienes finalmente forman parte del tribunal, cuya imparcialidad ha de valorarse.

Este modo de considerar la imparcialidad judicial ha merecido numerosas críticas[301] toda vez que, como señala DÍEZ-PICAZO[302], provoca *"un notable casuismo […] e incertidumbre […] al exigir el análisis de si la concreta actividad desplegada por el juez en la fase de instrucción lo convierte o no en un juez prevenido"*. Lo que conduce, como afirma JIMÉNEZ ASENSIO[303] a *"un amplio espacio de inseguridad a la hora de determinar en qué circunstancias se puede considerar la vulneración efectiva del derecho a un tribunal imparcial".*

5.3. Análisis de esos elementos en relación con los tribunales militares.

Sin prescindir de la advertencia ya efectuada en cuanto a la interrelación de todos los elementos analizados y su consideración en el contexto de los supuestos de hecho de los que han sido extraídos, trataremos de exponer en qué forma la jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado sobre dichos elementos al enjuiciar la independencia e imparcialidad de órganos judiciales militares.

---

[300] Entre otras, SSTEDH en el caso Fey contra Austria, de 24 de febrero de 1993; en el caso Padovani contra Italia, de 26 de febrero de 1993; en el caso Saraiva de Carvalho contra Portugal, de 22 de abril de 1994; en el caso Bulut contra Austria, de 22 de febrero de 1996; en el caso Karakoç y otros contra Turquía, de 15 de octubre de 2002; en el caso Cianetti contra Italia, de 22 de abril de 2004.

[301] Por ejemplo, BERMÚDEZ OCHOA, (1997:105); RODRIGUEZ SOL, L. (2000) "La imparcialidad objetiva de los Tribunales antes y después de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar contra España)*", Revista del Ministerio Fiscal,* nº 7, p. 110; ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 237).

[302] DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (1996) "Artículo 24: garantías procesales" en ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a la Constitución de 1978, tomo III,* Madrid: EDERSA-Cortes Generales, p. 97.

[303] JIMENEZ ASENSIO, R. (2002:201).

Sin perjuicio de la mención a otras resoluciones judiciales, la consideración de estos elementos en relación a los tribunales militares cabe centrarla en buena medida en el estudio de la jurisprudencia del TEDH referida al sistema de *courts martial* británico, el cual hubo de adaptarse progresivamente a resultas, precisamente, de las resoluciones de Estrasburgo[304]. Particularmente numerosas son, además, las SSTEDH valorando la independencia e imparcialidad de los tribunales militares turcos en sus diferentes configuraciones y que, dada la diversidad de cuestiones que en ellas se plantean se estiman merecedoras de un análisis separado, sin perjuicio de su invocación respecto de concretos aspectos.

5.3.1. La forma de designación del órgano judicial.

Precisamente, atendiendo a la forma de designación de los miembros del órgano judicial, la STEDH en el caso Morris contra Reino Unido, de 26 de febrero de 2002, señala como principal motivo para apreciar la vulneración de los requisitos de independencia e imparcialidad de la *court martial* que enjuició al soldado Morris, el modo de nombramiento de los miembros ordinarios que la integraban y las garantías que de ello derivaban[305]. Así, considera que los dos oficiales que formaban dicha *court martial* junto al presidente permanente –del que luego hablaremos- no fueron designados para un concreto periodo de tiempo, más bien lo fueron con una consideración *ad hoc*, con el conocimiento de que

[304] Así, el sistema de *courts martial* que regía en virtud tanto de la *Army Act* de 1955, como de la *Naval Discipline Act* de 1957 y la *Air Force Act* de 1955, fue declarado incompatible con el CEDH por la STEDH en el caso Findlay, de 25 de febrero de 1997 y otras posteriores (ver nota 271), lo que derivó en la aprobación de la *Armed Forces Act* de 1996, que entraría en vigor el 1 de abril de 1997 y que modificaba ciertas disposiciones de las normas citadas en lo relativo al sistema judicial militar británico. Tras dicha reforma el TEDH, en el caso Morris contra Reino Unido, entró a valorar nuevamente la adecuación al CEDH del mencionado sistema judicial militar británico con las apreciaciones que se mencionarán.

Para el estudio de estas cuestiones resulta particularmente ilustrativo el estudio de LORENZO PONCE DE LEÓN, R. (2008) "Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón", *Revista Española de Derecho Militar,* nº 91, pp. 85-140.

[305] Con anterioridad a la *Armed Forces Act* de 1996 las *courts martial* de los tres Ejércitos mantenían una composición idéntica, si bien variaban según fueran de Distrito, de Campaña o Generales, cuya aplicabilidad dependía de la gravedad de la infracción a enjuiciar (Distrito o General) o de la situación (de Campaña).

regresarían a sus destinos militares al final del proceso, lo cual no es, por sí solo, incompatible con los requisitos de independencia del artículo 6.1 del CEDH, pero sí conlleva la necesidad de que existan garantías contra cualquier clase de presión externa. Pese a que el TEDH considera que en el caso concurrían algunas de esas garantías, por ejemplo la presencia de un *judge advocate* civil con formación en materia legal –figura sobre la que se profundizará posteriormente-, la presencia de un presidente permanente, la forma en la que eran designados los miembros del tribunal y el estatuto de los mismos, así como la exigencia de juramento, resultaban insuficientes –a juicio del TEDH- para excluir el riesgo de presión externa que pudieran soportar los dos oficiales, relativamente jóvenes, designados para conformar el tribunal. En concreto, señala el TEDH, *"que esos oficiales no tenían preparación jurídica, permanecían sujetos a la disciplina militar y a informes profesionales y no existía un estatuto o prohibición que impidiera su influencia externa durante su función en el tribunal".* Además, según el TEDH, esta es una cuestión que incide especialmente en supuestos en los que, como el del soldado Morris, la acusación viene referida a una conculcación de la disciplina militar, puesto que los miembros militares del tribunal no pueden ser comparados con los miembros de un jurado civil, quienes no están sometidos a ese riesgo de presión. Se da entrada así a una cuestión sobre la que volveremos más adelante, como es la de si la naturaleza del proceso ha de condicionar el análisis de la independencia del órgano.

En la STEDH en el caso Cooper contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 2003, la Gran Sala insiste en que la forma de nombramiento de los miembros ordinarios de la *court martial* no da muestras de su falta de independencia. Su nombramiento *ad hoc* y la permanencia en la cadena de mando antes y después del juicio, así como su graduación militar inferior a la del presidente y a la de la *prosecuting authority* no son, por sí solos –como ya afirmara la sentencia Morris-, causa para estimar una falta de independencia, pero hace exigibles ciertas garantías que eviten presiones o influencias externas. Y será precisamente en ese

punto donde, como veremos al hablar de las garantías genéricas de la independencia, se separe del criterio seguido en el caso Morris para terminar rechazando la conculcación de las garantías de independencia e imparcialidad.

La STEDH en el caso Sahiner contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001, referida a cortes marciales[306] que enjuiciaban a civiles -cuestión, como veremos, no baladí-, señalaba que los dos jueces militares eran seleccionados por un comité compuesto por el director de personal y el asesor jurídico del correspondiente Estado Mayor, el director de personal y el asesor jurídico del cuerpo de ejército al que perteneciera el juez en cuestión y el jefe del Servicio Legal Militar del Ministerio de Defensa. Los jueces militares así elegidos eran designados, con la aprobación del Jefe de Estado Mayor, por decreto firmado por el Ministro de Defensa, el Primer Ministro y el Presidente de la República. El oficial militar que también integraba la corte marcial era nombrado a propuesta del Jefe de Estado Mayor con arreglo a las mismas normas, si bien era cesado transcurrido un año de su nombramiento. Como hemos dicho, esas circunstancias no eran, por sí solas, determinantes de una falta de independencia, pero exigían la apreciación de garantías adicionales, sobre las que volveremos al hablar del estatuto jurídico de los miembros del tribunal.

Igualmente referida a tribunales militares turcos, pero de índole que podemos denominar –en la acepción seguida por nuestro ordenamiento- contencioso-administrativa, la DTEDH en el caso Yavuz contra Turquía, de 25 de mayo de 2000[307], estimó garantizada la independencia de los jueces militares que integraban el Tribunal Supremo Administrativo Militar atendido el modo de su

[306] Estas se conformaban por dos jueces civiles, dos jueces militares y un oficial militar.

[307] El asunto versa sobre dos procesos iniciados por parte de los parientes de un soldado asesinado, por parte de otro soldado, durante la prestación de su servicio militar. El primero referido al enjuiciamiento del delito cometido por parte del soldado que disparó el arma y el segundo en reclamación de cantidad a la Administración por haber conferido la posibilidad de portar armas a un soldado con antecedentes de homicidio y respecto al cual conoció el Tribunal Supremo Administrativo Militar.

nombramiento establecido por la Constitución y la legislación de desarrollo. Señala que, en el caso de los jueces designados entre miembros del Servicio Legal Militar, lo son por votación secreta entre los integrantes de ese Servicio que ya forman parte del Tribunal, con carácter vitalicio, no rinden cuentas de sus decisiones al Ejecutivo y disciplinariamente están sometidos al Consejo Disciplinario del propio Tribunal Supremo Administrativo Militar. El hecho de que otros jueces sean elegidos para el Tribunal Supremo Administrativo Militar entre oficiales de un determinado rango, de una lista de tres candidatos propuestos por el Jefe del Estado Mayor, no supone, a juicio del TEDH, una conculcación de su independencia; la designación en último término corresponde al Presidente de la República y durante su mandato no pueden ser cesados por autoridad gubernativa o militar. Dice el TEDH que su independencia del Ejecutivo se ve reforzada por el hecho de que su mandato sea de un máximo de cuatro años y que disciplinariamente estén sometidos al mismo Consejo Disciplinario referido. No comparto la opinión del TEDH en lo relativo a los miembros no pertenecientes al Servicio Legal Militar, pues su modo de designación no puede desvincularse de la duración del mandato y de las garantías que se establecen durante el ejercicio del mismo, como ha quedado ya expuesto. A mi modo de ver, ese modo de nombramiento y la limitada duración del cargo hacen necesarias otras garantías adicionales, cuestión a la que nos referiremos después.

5.3.2. Duración del mandato.

En el estricto ámbito de valoración de la independencia de los órganos judiciales castrenses, la duración del mandato de sus miembros constituye un elemento de primer orden. La ya mencionada STEDH en el caso Morris contra Reino Unido, en lo relativo a la duración del mandato de los componentes de la *court martial*, hace referencia (ap. 68-76) especialmente al carácter permanente del presidente de la misma, quien permaneció en su cargo hasta su retiro, de manera que su posición era similar a los miembros militares del *Dutch Supreme*

Military Court, cuya independencia e imparcialidad había sido declarada en el caso Engel[308]. Basa el TEDH su decisión en el hecho de que el nombramiento de dichos miembros militares era normalmente el último de sus carreras y que, en su función de jueces, no estaban bajo el mando de ninguna autoridad superior ni debían rendir cuenta de sus actuaciones. Recuerda, además, que, pese a que la inamovilidad de los jueces debe ser considerada generalmente como corolario de su independencia, la ausencia de un reconocimiento formal de la misma en la ley no implica, por sí sola, una quiebra de la independencia, siempre y cuando esta sea reconocida de hecho y existan otras garantías necesarias. En este sentido, recoge la apreciación del Tribunal de Apelación de la *court martial* cuando indica que *"pese a que no hay garantías escritas contra la remoción prematura del presidente permanente, no existe constancia de que un presidente permanente haya sido removido alguna vez de su cargo"*. Frente a la argumentación del recurrente, referida a la necesidad de reforzar la independencia del presidente de la *court martial* mediante una seguridad formal de su mandato y la materialización de su nombramiento en un instrumento legal, el TEDH considera que *"la presencia de dicho presidente no cuestiona la independencia del tribunal, más bien, la duración de su cargo y la seguridad de facto de su mandato, el hecho de que obviamente no tenga preocupaciones por su promoción o ascenso militar y que no esté sometido a informes sobre su carrera, así como su relativa separación de la estructura de mando militar, implica que tiene una significativa garantía de independencia a diferencia de un tribunal ad hoc"* (ap. 69). Sin embargo, en contraste con dicho presidente, los dos oficiales que constituían la *court martial* no fueron designados para un concreto periodo de tiempo, más bien lo fueron con una consideración *ad hoc*, conociendo que regresarían a sus destinos militares al final del proceso, lo que –como se ha señalado- no es, por sí solo, incompatible con los requisitos de independencia del artículo 6.1 del CEDH, pero conlleva la necesidad de que existan garantías contra cualquier clase de

[308] STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976 (ap. 30, 68 y 89).

presión externa, en los términos que serán analizados en otro punto de este apartado.

A esta sentencia siguieron otras dictadas por la Gran Sala del TEDH, referidas igualmente al sistema judicial militar británico[309], en las que reiteraba la importancia del carácter permanente del presidente del órgano judicial, insistiendo igualmente en la preponderancia de la inamovilidad de facto sobre la proclamación normativa de la misma. Sin embargo, a juicio del TEDH, otra serie de circunstancias que analizaremos a continuación, incidían de tal forma en la independencia e imparcialidad de dicho presidente que llevarían a alcanzar resoluciones contrarias pese a la idéntica concepción de la permanencia del presidente.

5.3.3. Existencia de garantías genéricas a favor de la independencia.

Como su propio nombre señala, este elemento resulta marcadamente genérico y se constituye así, en mi opinión, en un cajón de sastre a través del cual el TEDH lleva a cabo una valoración de conjunto acerca de la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales. Los pronunciamientos referidos específicamente a órganos judiciales castrenses han considerado entre estas garantías genéricas cuestiones tales como el estatuto jurídico de los componentes del tribunal, la organización interna de dichos órganos y la distribución de cometidos entre sus miembros.

a) Estatuto jurídico de los componentes.

Junto a los argumentos ya comentados de la STEDH en el caso Morris referidos tanto al modo de nombramiento como a la duración de los mandatos de los miembros de la *court martial*, también contiene algún postulado referido al estatuto jurídico de algunos de los miembros de la misma. Así, la garantía que

[309] SSTEDH (GS) en los casos Cooper y Grieves, ambos contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 2003.

supone la presencia de un *judge advocate* civil con cualificación en materia legal, la señalada presencia de un presidente permanente o las reglas relativas a la designación sobre la elegibilidad de los miembros del tribunal y el estatuto de los mismos, así como la exigencia de juramento, estima que resultan insuficientes para excluir el riesgo de presión externa que pudieran soportar los dos oficiales designados para conformar el tribunal, relativamente jóvenes, carentes de formación jurídica y sujetos a la cadena de mando.

Afirmábamos anteriormente que la STEDH en el caso Cooper contra Reino Unido, dictada por la Gran Sala, se separó de la conclusión alcanzada en el caso Morris al estimar que había de entenderse garantizada la independencia e imparcialidad de los miembros del órgano judicial atendiendo a la existencia de ciertas garantías adicionales que no fueron tenidas en cuenta en aquel asunto. Frente a lo aseverado en el caso Morris, considera que el hecho de que los miembros ordinarios de la *court martial* carecieran de formación jurídica no era razón para temer por su independencia e imparcialidad, máxime teniendo en cuenta el asesoramiento prestado en esa materia por el *judge advocate* –figura idéntica a la ya existente en el caso Morris que luego se analizará-. Las únicas diferencias entre los dos supuestos no son fácticas, sino que se trata de circunstancias que, concurriendo también en el caso Morris, no fueron invocadas por el Gobierno británico. En primer lugar, la consideración de unas notas informativas que eran facilitadas a esos miembros ordinarios por la *Court-Martial Administration Unit* (órgano encargado de su designación) y que contenían una explicación de las fases del proceso, de sus funciones y límites como miembros de la *court martial* y una completa información sobre su obligación de desarrollar la función de manera independiente, así como pautas a seguir en el caso de que pudieran ver alterada esa independencia en diversos supuestos. En segundo lugar, el Gobierno británico alegó que los informes anuales de dichos oficiales -considerados como elemento que podía incidir en su independencia- no se referían a su toma de decisiones en la *court martial* y que los miembros de las

mismas tenían prohibido informar o hacer comentarios sobre lo discutido y votado en ellas. La consideración de ambas circunstancias lleva a la Gran Sala a estimar, de forma contraria al caso Morris, que no existe vulneración de la independencia del órgano judicial militar.

En mi opinión, la conclusión resulta poco convincente si partimos de los propios argumentos del TEDH. Siendo idénticas las restantes circunstancias, parece irrisorio que la falta de conocimiento jurídico de los miembros ordinarios de la *court martial* que determinó –no por sí sola, sino en conjunción con otros factores- la estimación del recurso en el caso Morris debido a la posibilidad de influencia externa en la independencia e imparcialidad de esos miembros, pueda estimarse ahora superada por la simple distribución de las notas descritas. A ello ha de unirse que la alegación de que los informes anuales sobre estos miembros ordinarios no versaban sobre sus funciones en la *court martial* resulta fácilmente rebatible, en el sentido de que es incuestionable que no podría someterse a fiscalización su función judicial sino por otro órgano de carácter jurisdiccional. Pero aun cuando esos informes no tuvieran expresamente esa función, indudablemente podían condicionar la función judicial de esos oficiales, pues se pasa por alto la más importante de las apreciaciones al respecto en el caso Morris, que no es otra que esos miembros ordinarios de la *court martial* seguían -antes, durante y después del desempeño de esa función-, sometidos a disciplina militar, integrados en una cadena de mando y que se reintegraban a sus funciones militares ordinarias una vez finalizada su tarea en el órgano judicial. Considerando que no se trata de acreditar que se produjo una afectación a la independencia e imparcialidad del órgano judicial en el caso concreto, sino que, atendidas las circunstancias particulares del caso, el enjuiciado podía objetivamente temer sobre una carencia de tales requisitos por parte del tribunal, en mi opinión las circunstancias tomadas ahora en consideración no desvirtúan el temor que objetivamente pudo albergar el señor Cooper en relación a la independencia e imparcialidad de la *court martial* que lo enjuició.

De hecho, la STEDH (GS) en el caso Grieves contra Reino Unido, también pronunciada por la Gran Sala en la misma fecha que la del caso Cooper, estimaría nuevamente la conculcación de la independencia e imparcialidad exigidas por el artículo 6.1 del CEDH respecto de una *court martial* británica. Si bien la jurisprudencia del TEDH propició la aprobación de la *Armed Forces Act* de 1996 que afectaba al sistema de *courts martial* de los tres ejércitos[310], la configuración de estas *courts martial* en la *Royal Navy* difería en ciertos aspectos de la seguida en la *Royal Army* y en la *Royal Air Force*. El TEDH estima relevante el hecho de que aquí el tribunal se componía, en primer lugar, de un presidente no permanente (capitán de la *Royal Navy*, que equivale a coronel), por lo que seguía sujeto a expectativas de destinos o ascensos y sometido a la valoración de sus funciones, elementos que -como hemos visto- exigían la concurrencia de garantías adicionales de independencia e imparcialidad. Además del presidente, existían cuatro miembros ordinarios –frente a los dos existentes en la *Royal Army* y en la *Royal Air Force*[311]- y un *judge advocate*. Este último, a diferencia de lo que sucedía en los otros ejércitos, tiene aquí condición de militar y, aunque era seleccionado de manera permanente para ese puesto, compatibilizaba las funciones con las ordinarias de un destino puramente militar. Su nombramiento correspondía en último término al *Judge Advocate of the Fleet* (JAF), que era un juez civil, y que su función como miembros de la *court martial* no era tenida en

[310] En relación a la *Royal Army*: SSTEDH en los casos Hood contra Reino Unido, de 18 de febrero de 1999; Smith y Ford contra Reino Unido, de 29 de septiembre de 1999; Wilkinson y Allen contra Reino Unido, de 6 de febrero de 2001.

Respecto a la *Royal Air Force*: SSTEDH en los casos Cable y otros contra Reino Unido, de 18 de febrero de 1999; Coyne contra Reino Unido, de 24 de septiembre de 1997; Moore y Gordon contra Reino Unido, de 29 de septiembre de 1999.

En cuanto a la *Royal Navy*: SSTEDH en los casos Le Petit contra Reino Unido y G.W. contra Reino Unido, ambas de 15 de junio de 2004.

[311] En realidad, lo que sucedía es que las *courts martial* de la *Royal Army* y de la *Royal Air Force* podían presentar dos composiciones, según se tratara de cortes de distrito (con dos miembros ordinarios) o generales (con cuatro miembros ordinarios), mientras que en la *Royal Navy* sólo existía una composición con la existencia de cuatro miembros ordinarios.

cuenta ni afecta a su carrera como oficiales. Sin embargo, ello no es suficiente para el TEDH que, en contraposición a lo declarado en el caso Cooper, no estima que esta figura constituya una garantía de independencia e imparcialidad del órgano. Señala el TEDH que el nombramiento de esos *judge advocate* se lleva a cabo, en primer término, por el *Chief Naval Judge Advocate* (CNJA), que ostenta condición de militar y está subordinado al Almirante de Personal, y dependen de esa misma autoridad una vez finalizada su función en la *court martial*. Respecto a la invocada mejor adecuación de los oficiales de la Armada al lenguaje y tradiciones de la *Royal Navy*, considera el TEDH que la función del *judge advocate* es asesorar sobre aspectos legales que no requieren de ese conocimiento y sí, por el contrario, de conocimientos jurídicos.

También aborda la cuestión del estatuto jurídico de los jueces militares la copiosa jurisprudencia recaída sobre los órganos judiciales militares turcos. Sin profundizar ahora en las consideraciones de la independencia e imparcialidad de estos tribunales cuando se enjuicia a civiles, la ya referida STEDH en el caso Sahiner contra Turquía va a referirse a ciertos elementos del estatuto de los jueces militares del órgano (pertenecientes al Servicio Legal Militar) que considera como garantías de independencia e imparcialidad, como el hecho de que reciban una misma formación que sus homólogos civiles y gocen de sus mismas garantías en el ejercicio de su cargo judicial (no pueden ser removidos de su puesto sino con su consentimiento y no reciben instrucciones sobre su función de ninguna autoridad). Por el contrario, considera de modo negativo la situación de vinculación al ejército -el cual recibe instrucciones del Ejecutivo-, el consiguiente sometimiento a disciplina militar, la exigencia de informes favorables de sus superiores administrativos y judiciales para su ascenso y la determinación de sus destinos en gran medida por autoridades administrativas y militares. Además, existe otro oficial que forma parte del tribunal que se encuentra jerárquicamente subordinado a un jefe militar. Todo ello lleva al TEDH a considerar la vulneración del artículo 6.1 del CEDH, si bien atendiendo fundamentalmente a la

razonabilidad de las dudas del justiciable sobre la independencia e imparcialidad de un órgano judicial con significativas vinculaciones con una de las partes.

Sin embargo, en su DTEDH en el caso Hakan Önen contra Turquía, de 10 de febrero de 2004[312], el TEDH adoptó la posición contraria. Pese a que el tribunal militar estaba en este caso integrado por dos jueces militares y un oficial del Ejército, sometidos a disciplina militar, entiende el TEDH que no puede establecerse una analogía con los casos Incal contra Turquía o Mitap y Müftüoğlu contra Turquía (análogo al de Sahiner), debido a la condición civil de aquellos acusados. Tampoco puede establecerse –según el TEDH- un término de comparación válido con el caso Findlay contra Reino Unido -al que luego nos referiremos-. Acudiendo a sus criterios habituales para determinar la independencia del órgano judicial (modo de nombramiento y duración del mandato de sus miembros, existencia de garantías contra presiones externas), el TEDH considera que la determinación legal del método de nombramiento y del mandato de los miembros de los tribunales militares junto con las garantías otorgadas a los mismos en el ejercicio de su cargo (inamovilidad durante cuatro años e irresponsabilidad ante el Ejecutivo debido a sus decisiones) cumplimentan los requisitos del artículo 6.1 del CEDH. Desde mi punto de vista esa posición del TEDH prescindía de la consideración de las condiciones estatutarias de los miembros de los tribunales militares, pues lo que había servido para considerar vulnerada la independencia e imparcialidad de los jueces militares, especialmente, del oficial militar integrante del tribunal, ahora se estimaba

[312] Se trataba del caso del enjuiciamiento por tribunales militares de un oficial que es acusado de diversos delitos militares referidos a su vinculación con posiciones políticas pro-kurdas.

Estos tribunales militares se componían de dos jueces militares (miembros del Servicio Legal Militar) y de un oficial. Los jueces militares eran nombrados por decreto conjunto del Ministro de Defensa y del Primer Ministro, con la aprobación del Presidente de la República, de conformidad con las disposiciones relativas a los nombramientos de los miembros de las Fuerzas Armadas y atendiendo a la opinión del Tribunal de Casación, los informes de los comisarios y los informes de calificación establecidos por los superiores El oficial militar y sus suplentes era designados por el Comandante de la circunscripción militar en la que se establecía el tribunal militar, por un periodo de un año durante el que eran inamovibles.

adecuado a las exigencias del artículo 6.1 del CEDH con la única circunstancia diferencial de que el enjuiciado compartía la condición de militar con los miembros del tribunal que le enjuiciaba. Nuevamente el TEDH parece mostrar una concepción limitada -a mi juicio equivocada- de los derechos fundamentales de los militares, cuando lo que pudiera verse restringido por esa condición de los sujetos es las condiciones del ejercicio de tales derechos, pero no el derecho en sí.

Volviendo de nuevo a la DTEDH en el caso Yavuz contra Turquía a la que se ha hecho mención al hablar del nombramiento de los miembros del tribunal, también se refiere a la protección constitucional otorgada a sus integrantes frente a injerencias externas en el ejercicio de sus cometidos. Así, valora la imposibilidad de ser cesados por decisión del Ejecutivo o de la cadena de mando -ya de forma vitalicia, ya durante un mandato de cuatro años- y su sujeción disciplinaria únicamente al mencionado Consejo Disciplinario de propio Tribunal. Además, durante su mandato no estaban sometidos a ninguna evaluación por parte del Ejecutivo o de las autoridades militares. Rechaza la traslación de la doctrina del caso Incal señalando que la cuestión en aquel caso era si un civil, acusado de un delito contra el Estado, podía tener dudas legítimas sobre la independencia e imparcialidad de un tribunal integrado en parte por militares, mientras que lo que ahora se cuestiona es un sistema judicial establecido para resolver, entre otras, reclamaciones civiles dirigidas por personal militar o sus representantes respecto a actos u omisiones que son imputables al Ministerio de Defensa. El TEDH considera manifiestamente infundado el recurso prescindiendo de aquella consideración aportada en el caso Sahiner relativa a la percepción del recurrente sobre la independencia e imparcialidad del tribunal cuando sus miembros se encuentran vinculados a una de las partes del pleito.

Debe insistirse en la importancia de las apariencias en esta materia y la relevancia de las mismas para garantizar la confianza de los ciudadanos en el

sistema judicial. En el caso del Tribunal Supremo Administrativo Militar de Turquía la ley expresamente sometía los cargos de sus miembros a un mandato de cuatro años, tras los cuales -y dada su condición de militares-, quedaban sometidos nuevamente a la cadena de mando y a las vicisitudes propias de esa condición (evaluaciones, ascensos, destinos,...). Todo ello, a mi juicio, hacía cuestionable la independencia de estos jueces y generaba dudas más que razonables en cuanto a su vinculación con una de las partes en el proceso -especialmente cuando se trata de cuestiones administrativas atinentes al Ministerio de Defensa- argumentos que serían suficientes para que, de acuerdo con la propia doctrina acuñada por el TEDH, se hubiera declarado la conculcación del derecho a un tribunal independiente e imparcial.

El TEDH vendría a alterar su criterio anterior en su STEDH en el caso Gürkan contra Turquía, de 3 de julio de 2012[313]. Comienza reseñando una vez más la teoría de las apariencias y su importancia para los ciudadanos en una sociedad democrática, en particular, para el acusado en un proceso penal, cuyo punto de vista, sin ser decisivo, sí resulta relevante. Sin embargo, este cambio de criterio en cuanto a los enjuiciamientos penales de personal militar parece responder más a la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional turco el 7 de mayo de 2009, que a una verdadera estimación de la teoría de las apariencias. Concurriendo idénticas circunstancias que en el ya comentado caso de Hakan Önen, el TEDH acude a la resolución del Tribunal Constitucional turco señalando que *"la legislación interna aplicable a los hechos no otorgaba suficientes garantías contra el riesgo de presiones externas sobre los miembros de los tribunales penales militares. De acuerdo con el razonamiento del Tribunal Constitucional, el oficial de esos tribunales que carecía de formación jurídica, permanecía sometido a*

[313] Se trata del caso de un miembro de la Armada turca que es acusado de desobediencia a sus superiores y al que se impone una pena de prisión de dos meses y quince días por un tribunal militar.

Su conclusión es reiterada después en la STEDH en el caso Aymelek contra Turquía, de 30 de enero de 2018.

disciplina militar e informes de evaluación y no estaba protegido de las influencias de sus mandos por ninguna disposición legal". Y en base a ello, dice que *"el Tribunal está llamado a reexaminar la independencia e imparcialidad de los tribunales penales militares*". Frente a la argumentación del recurrente relativa a la falta de formación jurídica de uno de los miembros del tribunal militar, señala que *"la participación de jueces legos en tribunales no es, por sí sola, contraria al artículo 6: los principios establecidos por la jurisprudencia relativa a la independencia e imparcialidad resultan aplicables tanto a jueces legos como profesionales".* Pero añade que *"[n]o obstante, se señala que este oficial permanecía al servicio del ejército y estaba sujeto a disciplina militar. Estos oficiales eran designados jueces por sus superiores jerárquicos y no disfrutaban de las mismas garantías constitucionales atribuidas a los otros dos jueces militares. El Tribunal, por ello concluye que el tribunal penal militar que juzgó y condenó al recurrente no puede considerarse que haya sido independiente e imparcial con el significado del artículo 6 del Convenio".*

Lo mismo sucedería con el referido Tribunal Supremo Administrativo Militar. La STEDH en el caso Tanişma contra Turquía, de 17 de noviembre de 2015, desdiciéndose de lo establecido en el caso Yavuz, consideró que dicho tribunal no resultaba adecuado a los requisitos de independencia e imparcialidad establecidos por el artículo 6.1 del CEDH[314]. Nuevamente recuerda la importancia de las apariencias en la materia y la significación del punto de vista del enjuiciado, así como el cambio jurisprudencial acuñado en el caso Gürkan respecto de los tribunales militares penales. El Tribunal Constitucional turco había justificado la independencia e imparcialidad del Tribunal Supremo Administrativo Militar acudiendo a la argumentación esgrimida por el TEDH en el caso Yavuz. Sin embargo, aquí el propio TEDH considera que existen elementos diferenciales entre este supuesto y los casos Incal y Gürkan. En aquellos supuestos *"los*

[314] En el mismo sentido se dictarían las SSTEDH en los casos Sürer y Şehmus Ekinci contra Turquía, de 31 de mayo de 2016 y 27 de marzo de 2018, respectivamente.

recurrentes alegaban que el Tribunal Supremo Administrativo Militar no era independiente del poder Ejecutivo y de las autoridades militares y que, por lo tanto, no era un «tribunal independiente» en el sentido del artículo 6.1, sin especificar más sus objeciones, a diferencia del presente asunto, en el que los recurrentes especifican sus quejas y detallan la relación de los oficiales de carrera con la administración militar y por qué podría afectar a la independencia del tribunal. Además, la jurisprudencia nacional ha evolucionado en los últimos años, en particular con respecto a la cuestión de la presencia de oficiales de carrera en tribunales militares". Pone el énfasis el TEDH en que el estatuto militar de los miembros del tribunal era determinante, particularmente la de los dos oficiales de carrera que *"estaban sujetos al mismo régimen en términos de salario, complementos retributivos, prestaciones, subsidios relacionados con la función, ascensos y límites de edad, jubilación y otros derechos personales que sus colegas militares".* Sin embargo, *"aunque están sujetos a las mismas normas que los miembros del tribunal que son jueces militares, permanecen al servicio de las Fuerzas Armadas, que regula todos los asuntos relacionados con su remuneración, derechos sociales y promoción. Su nombramiento es propuesto por sus superiores y no tienen exactamente las mismas garantías constitucionales para los otros tres miembros que son jueces militares".* Esta resolución determinó que el legislador turco aboliese el Tribunal Supremo Administrativo Militar con fecha 16 de abril de 2017[315].

A mi modo de ver, resulta cuestionable que lo que era adecuado al CEDH deje de serlo tras una resolución de Derecho interno, pues entiendo que el TEDH está llamado a aplicar el propio CEDH, sin perjuicio de la naturaleza expansiva de

[315] Posteriormente, por Ley de 21 de marzo de 2018, estableció la posibilidad de que todos los recurrentes que tuvieran en ese momento recursos pendientes ante el TEDH por ese mismo motivo, pudieran acudir a un tribunal administrativo civil. En base a ello, la DETDH en el caso Baysal contra Turquía, de 22 de mayo de 2018, declaró inadmisible el recurso formulado argumentando la falta de agotamiento previo de los recursos internos (en el mismo sentido, la DTEDH en el caso Ceyran y otros contra Turquía, de 16 de octubre de 2018, inadmitiendo los recursos de 73 ciudadanos turcos relativos a pleitos seguidos ante el Tribunal Supremo Administrativo Militar entre noviembre de 2005 y mayo de 2014.

los Derechos Humanos. Como ya he expuesto, considero que las exigencias de independencia e imparcialidad de los órganos judiciales militares no puede ser obviadas por la naturaleza administrativa del objeto del proceso o la condición de militar del enjuiciado.

Considero que la STEDH en el caso Svitlana Atamanyuk y otros contra Ucrania, de 1 de septiembre de 2016, sintetiza los elementos determinantes de la independencia de los militares implicados en la administración de justicia, incluyendo *"la calidad del procedimiento por el que se rigen los tribunales militares, en particular el carácter confidencial de sus deliberaciones y la posibilidad de revisión por un tribunal ordinario, la disposición de una formación adecuada para los militares involucrados en la resolución de asuntos; el modo de su nombramiento, ascenso y régimen disciplinario (en particular, si tales oficiales permanecen sometidos a informes de evaluación militar y si tales informes pueden evaluar la calidad de sus decisiones judiciales), y otros elementos".*

b) La organización interna del órgano judicial y la distribución de cometidos.

Varias de las SSTEDH consideradas hasta aquí analizan también la organización interna de los órganos jurisdiccionales castrenses y las atribuciones que corresponden a cada uno de los intervinientes en el proceso con el fin de determinar si ello se traduce en una quiebra de la independencia de estos. Se trata, obviamente, de un análisis casuístico y que no puede establecerse sino a través de una valoración del conjunto de un determinado órgano judicial, siendo por ello arriesgado la extracción de conclusiones genéricas que prescindan del concreto asunto en el que han sido adoptadas, pero de las que, no obstante, considero que pueden deducirse consideraciones relevantes[316].

[316] Un estudio de interés en esta materia, aunque sin referencias al ámbito de la jurisdicción militar, es el de AMÉRIGO ALONSO, J. (2006), *Un «golpe de autoridad»: la ratificación por el Tribunal Europeo de*

Al igual que sucede con los aspectos ya analizados, la organización interna de los órganos judiciales militares y la incidencia que la misma podía conllevar para la independencia e imparcialidad de estos, fue objeto de consideración por parte del TEDH respecto al sistema de *courts martial* británico, exigiendo la ya comentada adaptación progresiva de las disposiciones que las regulaban a las sentencias recaídas. Así la tan mencionada STEDH en el caso Findlay contra el Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, estimó fundadas las dudas planteadas por el recurrente acerca de la independencia e imparcialidad de los miembros de la *court martial* que le había juzgado atendiendo fundamentalmente al papel desempeñado por el denominado *convening officer*. Éste debía ostentar un determinado rango y estar al mando de un cuerpo de fuerzas regulares o perteneciente al grupo de unidades del que dependía el procesado, era el responsable de decidir la naturaleza y el detalle de las acusaciones de las que debería responder el procesado, el tipo de *court martial* requerido -la cual estaba encargado de convocar, precisando la fecha, el lugar y la hora del proceso-, y el presidente y los restantes miembros del Tribunal eran designados por él o a su requerimiento. Asimismo, se encargaba de que la Oficina del *Judge Advocate General*[317], nombrara a un *judge advocate*[318], o si no, lo designaba él mismo; era

Derechos Humanos de su jurisprudencia sobre los ministerios públicos (TEDH, asunto Martinie v. Francia, 12 de abril de 2006), Revista Española de Derecho Europeo nº 19, Aranzadi, Pamplona, pp. 391-414.

[317] El *Judge Advocate General* tenía en un primer momento la atribución de asesorar al Secretario de Estado de Defensa (equivalente a nuestro ministro) en diversas cuestiones que incluían el asesoramiento en materia de leyes militares y los procedimientos y desarrollo del sistema de *courts martial*. También era responsable del asesoramiento a los *confirming officer* y a los *reviewing officer* (oficiales encargados, respectivamente, de confirmar o revisar los fallos de una *court martial*).

[318] En ese momento, el *judge advocate* era designado para cada *court martial*, siendo responsable del asesoramiento a dicho órgano en todas las cuestiones legales y de procedimiento surgidas durante la vista; el tribunal debía aceptar su dictamen a menos que existieran razones fundadas. Además, junto con el presidente, tenía obligación de asegurar que el acusado no sufriera indefensión en el juicio. Por ejemplo, si el acusado se declaraba culpable, el *judge advocate* tenía que asegurarse de que entendía las implicaciones de esa declaración y admitía todos los elementos de la acusación. Al final de la vista, debía resumir las leyes aplicables y las pruebas. Sin embargo, no tomaba parte en las deliberaciones de la *court martial* sobre la condena o absolución, pero podía asesorar respecto a principios generales o particulares relativos a la sentencia. No era miembro de la *court martial* y no tenía voto en la decisión adoptada en la sentencia.

también responsable de que se nombrara, a través de su jefe de cuerpo, un *prosecutor officer* (fiscal). Además, antes de la vista, el *convening officer* enviaba un resumen de las declaraciones al *prosecutor officer* y al *judge advocate*, y podía indicar los pasajes susceptibles de ser declarados inadmisibles. Se encargaba de la comparecencia a la vista de todos los testigos de cargo, habitualmente debía prestar su consentimiento para que se abandonaran ciertos cargos contra el acusado y, cuando el procesado solicitaba el beneficio de circunstancias atenuantes, esta solicitud no podía ser admitida sin el consentimiento de dicho *convening officer*. También era el encargado de facilitar al procesado una adecuada preparación de su defensa, mediante la asignación de un representante si fuera necesario y el contacto con los testigos de descargo, ordenando su comparecencia cuando era "razonablemente requerida" por la defensa. El *convening officer* podía disolver la *court martial* antes o durante el proceso, en el interés de una buena administración de la justicia. Además, generalmente, actuaba al mismo tiempo como *confirming officer*, de manera que las conclusiones de una *court martial* sólo tenían efecto una vez confirmadas por este oficial, que podía no ratificar la decisión, pronunciar otra sentencia, aplazar la aplicación de una pena o rebajarla en todo o en parte. Antes, el *confirming officer* debía consultar a la Oficina del *Judge Advocate General*, que designaba a otro *judge advocate* distinto al que había participado en el proceso.

Todo ello llevó al TEDH a declarar la conculcación del artículo 6.1 del CEDH señalando, además, que el hecho de ejercer el *convening officer* también como *confirming officer* resulta *"contrario al principio bien establecido de que el poder de dictar una resolución obligatoria no susceptible de modificación por una autoridad no judicial es inherente a la noción misma de «Tribunal» y puede ser considerada como un elemento de la «independencia» requerida por el artículo 6.1".* La participación del *judge advocate* sin la consideración de miembro del tribunal y cuyo dictamen no era público, o el juramento prestado por los miembros de la *court martial*, no podían estimarse -a juicio del TEDH- como elementos de

protección suficientes para garantizar la necesaria independencia e imparcialidad del órgano. Tampoco pueden estimarse como tales garantías la posibilidad de revisión posterior de la resolución dictada pues, *"el interesado tenía derecho a un Tribunal de primera instancia que respondiera plenamente a las exigencias del artículo 6.1".*

Tras la ya comentada reforma operada por la *Armed Forces Act* de 1996, se suprimieron los cargos del *convening officer* y el *confirming officer*, reasignándose sus funciones. La acusación sería entonces desempeñada por la *higher authority* y la *prosecuting athority*. La primera es objeto de análisis en la STEDH en el caso Cooper, donde el recurrente alegaba que se trataba de una continuación de la desaparecida figura del *convening officer*, pues, sin cualificación jurídica, se le facultaba para llevar a cabo labores de persecución del delito e incluso devolver la causa a otro oficial, también sin cualificación jurídica, como el *commanding officer* para una instrucción sumaria. La Gran Sala estimó al respecto que si bien ésta decidía -conforme a consideraciones básicas del servicio- si una acusación debía remitirse a la *prosecuting authority* (fiscalía), era dicho órgano quien determinaba si debía o no mantenerse una acusación ante la *court martial*, haciéndolo en apreciación de idénticas consideraciones legales que las seguidas por el *Crown Prosecution Service* (el Ministerio Fiscal de la Corona). Y aunque el jefe superior de la *prosecuting authority* en la *Royal Air Force* era, a su vez, el director de los servicios jurídicos de la *Royal Air Force*, en sus funciones como fiscal respondía directamente ante el *Attorney General* (Fiscal General), por lo que no existía una conexión jerárquica entre la *higher authority* y la *prosecuting authority* y la diferencia de rango no podía considerarse suficiente para concluir que pudiera existir una influencia.

En lo relativo a la convocatoria de la *court martial*, el nombramiento de sus miembros, la preparación del lugar del juicio y la citación de testigos pasó a corresponder al *Army Court Service* (anteriormente *Court-Martial Administration*

Office), cuyo personal era independiente de las referidas *higher authority* y *prosecuting authority*.

Por su parte, el *judge advocate* pasa a ser miembro de la *court martial* y sin participar en la deliberación del veredicto, va a ser competente para verificar las conclusiones y, si las mismas resultan contrarias a Derecho, dirigir al presidente y a los restantes miembros de la *court martial*, en sesión pública, sus directrices, las cuales habrán de seguirse para la reconsideración del veredicto por los miembros del tribunal. Además, participa en la deliberación del fallo, orientando a los miembros del tribunal en la determinación del mismo y votando con ellos dicho fallo. Dichos cambios llevan al TEDH a establecer en la STEDH en el caso Cooper contra Reino Unido que *"en tales circunstancias, el Tribunal considera que la presencia en una court martial de un civil con tal cualificación y con ese papel clave en el proceso, constituye no sólo una importante salvaguarda sino una de las más significantes garantías de la independencia de los procesos ante las courts martial".*

La desaparición del *convening officer* dio lugar a que el *confirming officer* fuera sustituido por la *reviewing authority*. Se trataba de una autoridad encargada de supervisar todos los fallos de culpabilidad y las penas impuestas por una *court martial*. Aunque dicha autoridad correspondía al *Defense Council*[319], la revisión se encontraba en la práctica delegada en un alto cargo subordinado al *Adjutant General*. Dicha autoridad recibía un informe de un *judge advocate* distinto al que intervino en la *court martial*, que era comunicado al acusado, pudiendo éste

[319] Se trata de un órgano colegiado del máximo nivel con atribuciones para la determinación de las bases legales de la defensa en el Reino Unido, actualmente se compone del *Secretary of State* (Ministro), el *Deputy Leader of the House of Lords*, el *Parliamentary Under Secretary of State and Minister for Defence Veterans, Reserves and Personnel*, el *Permanent Secretary* (similar a nuestro Subsecretario de Defensa), el *Chief of Defence Staff* (análogo a nuestro Jefe de Estado Mayor de la Defensa), el *Vice Chief of the Defence Staff* (análogo al Segundo Jefe de Estado Mayor de la Defensa), los Jefes de los Estados Mayores de la *Royal Army*, *Royal Navy* y *Royal Air Force*, el *Commander of Joint Forces Command* (Jefe del Mando de Fuerzas Conjuntas) y el *Director General Finance* (equiparable a nuestro Director General de Asuntos Económicos).

efectuar sus alegaciones. La *reviewing authority* podía anular el fallo y la pena establecidos por una *court martial* o sustituir la pena sin ser, en opinión de dicha autoridad, más severo que la impuesta originalmente, adoptando su decisión de modo razonado y siendo su fallo y pena como si hubiera sido impuesto por la *court martial*.

Recuerda la STEDH en el caso Morris contra Reino Unido, la exigencia, conforme al artículo 6.1, de que una resolución judicial no pueda ser alterada por un órgano no judicial. En el caso concreto, considera que el hecho de que dicha *reviewing authority* pudiera alterar la resolución de la *court martial* resulta contraria a ese principio, puesto que deja esa facultad de sustituir el fallo a la total discreción de esa autoridad, deficiencias que no eran subsanadas por la posterior apelación ya que la misma no implicaba una nueva posibilidad de ser oído, sino sólo la revisión de lo decidido por la *court martial*. Esta posición sería reiterada en el caso Cooper contra Reino Unido.

Por tanto, vemos que dentro de los elementos a valorar bajo el prisma de la independencia e imparcialidad no sólo ha de atenderse al estatuto jurídico de quienes forman los órganos judiciales, sino también a la forma en que éstos se organizan y las relaciones internas existentes, de tal forma que, apreciados de forma conjunta, pueda afirmarse esa independencia e imparcialidad.

5.3.4. Apariencia externa de independencia.

Tras lo expuesto en relación a este elemento de la apariencia externa de la independencia, en el estricto ámbito de los tribunales militares, la referida STEDH en el caso Sahiner contra Turquía establecía que *"el punto de vista del enjuiciado, sin ser decisivo, sí resulta importante. Lo determinante será que las dudas albergadas por el recurrente puedan considerarse objetivamente justificadas".* Es esa razonabilidad de las dudas albergadas por el justiciable la que lleva al TEDH a estimar el recurso en lo que puede considerarse un ejemplo significativo de la

importancia de las apariencias de independencia respecto a los tribunales castrenses. En ese orden de cosas, esta sentencia incorpora una reflexión de notable significación al señalar que cuando un tribunal incorpora personas que en sus funciones y organización se encuentran subordinadas a una de las partes, los acusados pueden albergar legítimas dudas acerca de la independencia de tales personas. Otorga especial importancia al hecho de que un civil tuviera que enfrentarse a un tribunal que, aunque sólo parcialmente, estaba compuesto por miembros de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, como ya ha quedado expuesto, considero contraria a esta tesis de la apariencia externa el hecho de apreciar esa quiebra de la independencia únicamente cuando se trate del enjuiciamiento de civiles por tribunales militares, pues siendo idénticas las restantes consideraciones (modo de designación, duración del mandato, y garantías genéricas de la independencia) la conclusión habría de ser unívoca con independencia de la condición –militar o civil- del enjuiciado. Ahondaremos en ello al tratar la cuestión respecto al concreto supuesto del enjuiciamiento de civiles por tribunales militares.

5.3.5. Dimensiones subjetiva y objetiva de la imparcialidad.

Señalamos anteriormente que el análisis de las dimensiones subjetiva y objetiva de la imparcialidad se ha reconducido generalmente por el TEDH hacia la útlima, por ser la subjetiva una vertiente más difícil de evidenciar y plantear seria confusión con otros elementos de la independencia e imparcialidad. No obstante, respecto de la dimensión subjetiva de la imparcialidad -en la concepción de la misma por parte del TEDH-, considero oportuno señalar la significación que la misma puede implicar si atendemos a la especial naturaleza de las jurisdicciones castrenses y su íntima vinculación al objeto de los procesos que ante ellas se sustancian. Dejo únicamente planteado ese campo de debate, pues el TEDH no ha entrado en esta disquisición, o al menos no lo he apreciado en las resoluciones objeto de estudio.

Por lo que hace a la dimensión objetiva, ya quedó apuntado que el TEDH ha centrado su consideración en la incidencia que para la imparcialidad puede suponer la previa participación de los miembros de un órgano judicial en el procedimiento que han de resolver. También analizamos como incide el derecho a un tribunal independiente e imparcial en las actuaciones investigadoras que, no obstante las disimilitudes entre los distintos sistemas judiciales de los Estados parte, preceden necesariamente al enjuiciamiento de toda causa penal.

En lo atinente a los pronunciamientos del TEDH relativos específicamente al ámbito jurisdiccional castrense, resultan particularmente significativos algunos referidos a nuestro país. Se trata de las resoluciones de los casos Castillo Algar y Garrido Guerrero contra España[320].

En el primero de los casos el TEDH señala que *"el simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, por tanto, en sí mismo, justificar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad".* Y en relación al caso concreto *"[a]unque el Tribunal Supremo había estimado, en su Sentencia de 14 noviembre 1994, que el camino seguido por el Tribunal Militar Central no debía ser considerado como una actividad instructora susceptible de contaminar la*

[320] STEDH de 28 de octubre de 1998 y DTEDH de 2 de marzo de 2000, respectivamente.

En el primero de ellos el recurrente, Coronel condenado por un delito contra la Hacienda militar, consideraba vulnerada la imparcialidad del órgano sentenciador al haber formado parte del mismo dos vocales (Vocales Togados, pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar) que habían participado previamente en la Sala que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto de procesamiento.

En el segundo se cuestionaba igualmente la imparcialidad de uno de los magistrados del Tribunal Militar Central español que, antes de formar parte de la Sala que condenó al acusado –Sr. Garrido Guerrero-, había formado parte de la Sala que confirmó en apelación el auto de procesamiento contra el mismo.

De similar argumentación y conclusión que la primera sería la STEDH en el caso Perote Pellón contra España, de 25 de julio de 2002.

Todos estos fallos provocaron -no obstante lo resuelto- la modificación de la Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar mediante la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, cuya Exposición de Motivos señala expresamente como causa de la modificación legislativa las SSTEDH de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar) y 25 de julio de 2002 (caso Perote Pellón).

imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador, los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central que resolvió sobre la apelación contra el auto de procesamiento, que incluía a los Jueces E. S. G. y R. V. P., podían fácilmente llevar a pensar que hacían finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 1992, según la cual existían «indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar» (apartado 14 supra).".

Por ello, estima que los temores del recurrente acerca de la quiebra de la imparcialidad podían estimarse fundados, apreciando en consecuencia la conculcación del artículo 6.1 del CEDH. Sin embargo, la conclusión sería la contraria en el segundo de los casos, señalando en ese supuesto el TEDH que *"[e]l Tribunal constata que, en su resolución de 21 de marzo de 1994, la Sala del Tribunal Militar Central en la que participó como simple juez, el señor D. R. G., ciertamente hizo suyos los términos del Auto de procesamiento de 17 de noviembre de 1993. Sin embargo, y a diferencia del asunto Castillo Algar anteriormente citado, en el que «los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central que resolvió sobre el recurso del auto de procesamiento (...) podían fácilmente hacer pensar que finalmente hacía suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo (...), en opinión del cual existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido un delito militar» (ap. 48), en el caso presente, el tribunal de apelación tuvo mucho cuidado en precisar los límites del acto de inculpación, su carácter de resolución formal y provisional, sin prejuzgar en nada la solución del litigio ni en cuanto a la calificación de los hechos que se discutían ni en cuanto a la culpabilidad del inculpado".* Es decir, el TEDH pone el acento en el contenido de dicho pronunciamiento interlocutorio y en el hecho de que el mismo no suponga una anticipación del fallo o un prejuicio sobre el mismo, de manera que se vea alterada la imparcialidad del juzgador que adopta –de manera individual o colegiada- el mismo.

La STEDH (GS) en el caso Margus contra Croacia, de 27 de mayo de 2014, relativa a una condena por crímenes de guerra, reitera la premisa de que la participación previa de un juez en decisiones previas del proceso no es, por sí sola, motivadora de imparcialidad. Y establece que *"no hay causa para una legítima sospecha de quiebra de imparcialidad derivada del hecho de que un mismo juez participe en la adopción de una decisión en primera instancia y después en el nuevo procedimiento cuando esa decisión es anulada y el caso es devuelto al mismo juez para su reconsideración. No puede establecerse como regla general derivada de la exigencia de imparcialidad que un tribunal superior que anula una decisión judicial esté obligado a remitir el asunto a un órgano de composición diferente".* En el caso concreto analizado *"[e]l simple hecho de que el juez M.K. participara tanto en el proceso penal seguido ante el tribunal municipal de Osijek bajo el número K-4/97 y en el proceso penal seguido al recurrente ante el mismo tribunal bajo el número K-33/06 no debe considerarse por sí solo como incompatible con el requisito de imparcialidad del artículo 6 del Convenio. Es más, en el presente caso el juez M.K. no adoptó una sentencia en el primer procedimiento estableciendo la culpabilidad o inocencia del recurrente y ninguna prueba relevante para la determinación de esas cuestiones fue valorada. El juez M.K. solamente estuvo implicado en la valoración de si las condiciones para la aplicación de la Ley General de Amnistía concurrían en el caso del recurrente".* Por lo que, nuevamente, se aprecia la necesidad de valorar la concreta participación que el juez haya tenido en el caso para estimar la falta de imparcialidad, siendo los pronunciamientos sobre la culpabilidad o inocencia los que determinan esa conexión con el objeto del proceso contraria a la necesaria imparcialidad del juzgador.

La STEDH en el caso Bell contra Reino Unido, de 16 de enero de 2007, analiza -como ya vimos- el supuesto de un soldado que fue sancionado con siete días de arresto y de pérdida de haberes por dirigirse a un superior en términos irrespetuosos. Dicha sanción fue impuesta por su *commanding officer* tras una

audiencia con el superior que le acusaba, un testigo llamado por el soldado y un oficial designado para velar por sus intereses, pero que ni conocía ni se entrevistó con él al respecto. Atendidas tales circunstancias, la naturaleza de la sanción parece acomodarse a las propias del ámbito disciplinario militar de nuestro ordenamiento. Pues bien, el TEDH señala que ya en su STEDH en el caso Thompson contra Reino Unido, de 15 de junio de 2004 *"se determinó que el procedimiento sumario* -como el aplicado al soldado Bell- *presentaba unos problemas estructurales sobre la independencia e imparcialidad incluso más evidentes que los establecidos en el citado caso Findlay y, por ello, que tales procedimientos eran, consecuentemente, contrarios a Derecho".* En consecuencia, considera en tales casos, admitiendo la naturaleza penal de los procesos, que no existe la necesaria independencia e imparcialidad del órgano juzgador. En lo que se refiere al caso español, prescindiendo de la reserva formulada por nuestro país que debe estimarse ciertamente anómala en el contexto del Consejo de Europa (ver nota 136), una posible fórmula para posibilitar la imposición de sanciones privativas de libertad por faltas disciplinarias -que es lo que determina su naturaleza "penal" conforme al CEDH-, sería atribuir la competencia para su imposición a los órganos judiciales militares por un proceso análogo al establecido en la jurisdicción ordinaria para los denominados delitos leves.

5.3.6. Apariencia de imparcialidad.

Las dudas ya expuestas acerca del deslinde entre esta circunstancia y otras consideraciones resultan trasladable al ámbito de las jurisdicciones militares, encontrándonos con resoluciones del TEDH donde se acude a la ya comentada teoría de las apariencias, pero sin configurar una posición sistemática que permita una clara distinción de la independencia o del análisis de las circunstancias del caso concreto.

5.3.7. Análisis del caso concreto.

A mi modo de ver, este elemento no opera de forma separada del resto de los analizados, al contrario, supone un concepto aglutinador de aquellos que trata de anteponer las circunstancias de cada supuesto a configuraciones teóricas de la independencia e imparcialidad que permitieran la pervivencia de situaciones claramente contrarias al derecho a un tribunal independiente e imparcial.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en la STEDH en el caso Miroshnik contra Ucrania, de 27 de noviembre de 2008[321]. Aunque el TEDH argumenta acerca del estatuto jurídico de los miembros de los tribunales militares señalando que, pese a la existencia de garantías para la independencia de los jueces que los integran, las leyes internas declaran la condición militar de estos jueces y su condición de personal de las Fuerzas Armadas, subordinadas al Ministerio de Defensa[322]. Pero lo que a mi juicio supone un criterio novedoso es la consideración de otras circunstancias del caso. Así, el TEDH estima que inciden en la independencia e imparcialidad de estos jueces el hecho de que correspondía al Ministerio de Defensa proveer a los jueces de los tribunales militares de vivienda si lo necesitaban para sus condiciones de vida en el plazo de seis meses desde su designación. Además, los órganos del Ministerio de Defensa gestionaban de facto

[321] Ha de señalarse que se trata del caso de un ciudadano que es despedido de su empleo al servicio de las Fuerzas Armadas de Ucrania, iniciando a partir de ese momento hasta cuatro procesos diferentes conocidos en primera instancia por diversos tribunales militares y que se refieren, en síntesis, a la reclamación del coste de su equipación durante su periodo en las Fuerzas Armadas, el impago de algunas cantidades y, finalmente, su expulsión indebida de las Fuerzas Armadas.

El TEDH únicamente se pronuncia sobre la falta de ejecución de la resolución dictada por un tribunal militar que acordaba la indemnización al recurrente de los gastos de equipación y sobre la devolución de su reclamación relativa a la ilegalidad de su expulsión, y concluirá –en lo que aquí interesa- estimando la existencia de vulneración del derecho a un tribunal independiente e imparcial en relación a este último proceso.

[322] Eso pese a que la propia sentencia describe que son designados como jueces militares, entre militares que se someten a un examen competitivo, por la Asamblea Legislativa ucraniana por un periodo de 10 años y que sus ascensos son otorgados por el Presidente de Ucrania a propuesta conjunta del Ministro de Justicia y el Presidente del Tribunal Supremo, salvo respecto a los jueces de la sala militar del Tribunal Supremo, que dicha propuesta es formulada únicamente por el Presidente del mismo.

la financiación, logística y mantenimiento de los tribunales militares, pese a que no era su competencia decidir la aportación anual económica para estas cuestiones –que correspondía al Ministerio de Justicia y al Tribunal Supremo en la cuantía señalada por los presupuestos estatales-. Por ello, en opinión del TEDH, los aspectos del estatuto de los jueces militares expuestos, valorados conjuntamente, otorgaban al recurrente motivos objetivamente justificados para dudar de la independencia e imparcialidad exigible a los tribunales militares (en una aparente remisión a la teoría de las apariencias).

Si estimásemos aquí la concepción de la imparcialidad objetiva que establece nuestra doctrina y jurisprudencia quizá podría hablarse de una quiebra de la misma al apreciar una vinculación de los miembros del tribunal con el objeto del proceso (la ejecución de una resolución que condena al pago de cantidad al Ministerio al que pertenecen dichos miembros). Sin embargo, a mi juicio, la posición del TEDH descansa sobre una valoración del conjunto de circunstancias del caso concreto, con elementos del estatuto jurídico de los miembros del tribunal que podían incidir sobre su independencia -en particular la económica- más que sobre la imparcialidad en las dos dimensiones de la imparcialidad -objetiva y subjetiva- en la forma en que son concebidas por el TEDH. Sobre esa independencia económica parecen pronunciarse también los Principios Básicos relativos a la independencia judicial adoptados por Naciones Unidas[323], cuando en su punto 11 establecen como corolario de dicha independencia *"una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas".*

[323] Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985

5.4. Independencia en las distintas fases procesales.

Como ya se anticipó al analizar la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6 en las distintas fases procesales y, en particular, en la instrucción penal, la STEDH (GS) en el caso Mustafa y Fecire Tunç contra Turquía, de 14 de abril de 2015, aborda esta consideración al resolver el recurso referido a la investigación seguida con ocasión de la muerte de un sargento de la Gendarmería durante la realización de una guardia. Recordemos que la fundamentación jurídica de la sentencia va a efectuarse bajo la consideración tanto del artículo 6, como del artículo 2 del CEDH. Bajo ese doble prisma, para el TEDH *"el artículo 2 no requiere que las personas e instituciones responsables de la investigación sean absolutamente independientes, sino que sean suficientemente independientes de las personas y organizaciones cuya responsabilidad es probable que resulte involucrada (ver Ramsahai y otros, citada anteriormente, aps. 343 y 344). La adecuación del grado de independencia es valorada a tenor de todas las circunstancias, que serán necesariamente específicas de cada caso".* Se trata, en palabras del TEDH, de *"un concreto examen de la independencia de la investigación en su conjunto, más allá de una valoración abstracta".* Para valorar esa independencia en la investigación enumera distintos elementos, tales como *" el hecho de que los investigadores fueran potenciales sospechosos* [...]*, que fueran compañeros directos de las personas sujetas a investigación o posibilidad de serlo* [...]*, que tengan una relación jerárquica con los potenciales sospechosos* [...] *o que el comportamiento específico de la institución investigadora indique una falta de independencia, como el error a la hora de llevar a cabo ciertas medidas establecidas para esclarecer el caso y, si corresponde, castigar a los responsables* [...]*, la excesiva importancia otorgada a las declaraciones de los sospechosos* [...]*, la omisión de explorar ciertas líneas de investigación que eran claramente necesarias* [...]*, o el exceso de inercia".* Es decir, aun cuando la investigación o fase de instrucción penal no sea llevada a cabo por un órgano de naturaleza judicial, han de predicarse una serie de notas de independencia de la

misma. Esta cuestión puede resultar particularmente difícil en el ámbito de las jurisdicciones militares, donde resulta habitual que la investigación sea llevada a cabo –en todo o en parte- por la propia institución militar. En relación con esta cuestión, la sentencia señala que *"[e]n varios casos, el Tribunal ha hallado una quiebra de la independencia en las investigaciones llevadas a cabo por fiscales militares, siguiendo un examen no sólo de la regulación interna (conforme a la cual estarían sometidos a disciplina militar y formarían parte de la estructura militar basada en los principios de subordinación jerárquica), sino también de la conducta de los implicados, que muestre pruebas tangibles de falta de imparcialidad, por ejemplo, al no llevar a cabo todas las medidas que fueran necesarias para completar la investigación* […]*, negarse a abrir procesos criminales pese a una orden en tal sentido* […] *o rechazando el examen de las conclusiones de informes forenses* […]*".* Al respecto aporta diversos ejemplos referidos a quiebras en la independencia en la investigación, tanto en sentido estimatorio como desestimatorio. Así, la STEDH en el caso Mantog contra Rumania, de 11 de octubre de 2007, consideró que no existía tal quebranto atendiendo a que *"no existían vínculos entre el fiscal militar y las personas susceptibles de ser investigadas, la profusión de las investigaciones y el hecho de que el fiscal en cuestión hubiera reabierto la investigación a requerimiento del recurrente. También es tomado en consideración el hecho de que la investigación en cuestión no tuviera relación con actos de muerte ilícita o malos tratos cometidos por agentes estatales en el desarrollo de sus funciones".* Sin embargo, en sentido opuesto, el TEDH estimó la conculcación de las exigencias del artículo 2 del CEDH en su STEDH en el caso Sergey Shevchenko contra Ucrania, de 4 de julio de 2006[324], atendiendo al hecho de que la persona inicialmente investigada era el mando de la Unidad, la falta de garantías de independencia de los investigadores pero, especialmente, las deficiencias en la investigación (aparente

[324] Se trata del recurso del padre de un oficial del Ejército del Aire ucraniano en relación con la investigación seguida a raíz del hallazgo de su hijo muerto con dos disparos durante la realización de una guardia.

aceptación de la teoría asumida por las autoridades militares, rechazo de diversas actuaciones de investigación o exclusión del recurrente del caso de forma inusual). *"En otras palabras, la ausencia de garantías legales no resultó decisiva en sí misma. Estaba acompañada de numerosos defectos y deficiencias en la investigación que eran manifestaciones tangibles de falta de independencia".*

El voto particular discrepante formulado por los jueces Spielmann, Karakaş, Ziemele, López Guerra y De Gaetano en la citada STEDH (GS) en el caso Mustafa y Fecire Tunç contra Turquía, va a señalar que, pese a suscribir la opinión mayoritaria relativa a las diferencias entre las garantías de independencia exigibles en la investigación y las referidas al órgano judicial, existen dudas respecto a esa independencia de los órganos judiciales militares en relación con la investigación. Concretamente respecto del tribunal militar que enjuició la apelación presentada por las recurrentes contra la decisión del fiscal militar de no formular acusación. Partían del hecho de que uno de los tres jueces de dicho tribunal era un militar en activo, hecho que, como señalamos, había conducido al Tribunal Constitucional turco a estimar la quiebra de la necesaria independencia judicial, invalidando la previsión legal que establecía la presencia de un militar en activo en la conformación de los tribunales militares. Ha de destacarse la interrelación que los jueces discrepantes establecen entre la fase de investigación y el sistema en su conjunto. En la explicación de esa conexión señala el voto particular que *"la atención debe ser puesta en el papel desempeñado por este órgano* -en referencia al tribunal militar-*, puesto que se trataba del único medio de apelación a través del cual los recurrentes podían oponer sus quejas referidas a la investigación llevada a cabo por la Fiscalía y solicitar la enmienda de las deficiencias que consideraran existentes en la misma."* Además, estiman necesario tomar en consideración las particulares circunstancias del caso: la muerte de un militar, en el cumplimiento de sus obligaciones, en un sitio bajo el control o al menos la protección de las autoridades militares y, además, donde todas las entidades implicadas en la investigación eran parte de fuerzas militares

(aunque pertenecientes a distintos cuerpos: fiscal, jueces e investigadores, todos ellos formaban parte de las Fuerzas Armadas en una determinada región) pese a que el principal sospechoso era, asimismo, un militar que cumplía su servicio militar obligatorio en la Gendarmería[325].

Coincido con esta opinión del voto particular en la medida en que, si bien la independencia de los órganos investigadores no ha de someterse a los mismos parámetros que la de los órganos juzgadores, el hecho de que la investigación pueda ser fiscalizada por un órgano judicial independiente constituye un signo de independencia de dicha fase o una fórmula de colmar las posibles deficiencias de aquella, salvaguarda que sería, asimismo, fútil si dicho órgano judicial no se somete a suficientes garantías. Es decir, en mi opinión, puede producirse una quiebra de la independencia del órgano judicial tanto si éste adolece de una falta de garantías de la misma, como si se ve privado de la facultad de controlar las fases previas que determinan el curso del proceso, de forma significativa en el caso de la instrucción penal.

5.5. Sobre la independencia e imparcialidad en el enjuiciamiento a civiles. Especial referencia al caso turco.

5.5.1. Evolución de los tribunales militares turcos.

Situamos el punto de partida de nuestro análisis en los hechos que motivaron numerosas SSTEDH relativas al proceso seguido contra un total de 723 acusados de pertenencia a una organización armada ilegal denominada Dev-Yol que, según las acusaciones del gobierno turco, pretendía subvertir el orden constitucional y reemplazarlo por un régimen marxista-leninista. En aquel

[325] Muchos de estos argumentos serán reiterados, si bien desestimando la existencia de vulneración del artículo 2 del CEDH, en las SSTEDH en los casos Mikhno y Svitlana Atamanyuk y otros, ambos contra Ucrania y dictadas el 1 de septiembre de 2016.

momento[326], la aprobada Constitución de 1982 atribuía al conocimiento de tribunales militares los delitos cometidos por civiles contra militares bajo la vigencia de leyes especiales, y de los cometidos contra personal militar en el desarrollo de sus obligaciones o de una tarea encomendada. Tales tribunales estaban compuestos de dos jueces civiles, dos jueces militares y un oficial del ejército y eran convocados por el Ministro de Defensa en aquellos lugares donde resultaba de aplicación la ley marcial[327]. El 19 de julio de 1989 recayó la sentencia del caso que, tras ser conocida en segunda instancia por el Tribunal de Casación (la competencia del Tribunal Militar de Casación había cesado al abolirse la jurisdicción de las cortes marciales por Ley de 27 de diciembre de 1993) en relación a muchos de los condenados, posibilitó el acceso al TEDH de numerosos recursos[328].

Aunque, como se ha señalado, la competencia de las cortes marciales turcas se abolió en este ámbito, previamente, la propia Constitución de 1982, en su artículo 143, había creado la figura de los Tribunales de Seguridad Nacional. Regulados por la Ley nº 2845 de 16 de junio de 1983, iban a resultar competentes para conocer de las infracciones que afectaran a la integridad territorial y a la unidad nacional de Turquía, su régimen democrático y la seguridad

[326] Aunque no resulta procedente extenderse aquí en la descripción de la situación política de Turquía en esas fechas, considero ineludible apuntar que, tras un periodo de convulsión en la vida política y económica turca, el 12 de septiembre de 1980 tuvo lugar un golpe de estado en el país que dio lugar a la prohibición, entre otras, de la organización Dev-Yol y a la persecución de sus miembros. (sobre el proceso se puede consultar, CHRISTIAN, LOUISE e ISABELLA FORSHALL, *The Devrimici Yol Mass Trials in Turkey*, en Socialist Lawyer nº. 6, 1988, pp. 3-5). Tras dicho golpe y la implantación de la ley marcial en el país, se adoptó una nueva Constitución en 1982.

[327] Ver párrafos 17 y 38 de la STEDH en el caso Sahiner contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001.

[328] En relación al proceso seguido por las cortes marciales turcas contra los miembros de la organización Dev-Yol, y en relación a la independencia e imparcialidad de dichos tribunales, recayeron las siguientes SSTEDH: caso Mitap and Müftüoglu contra Turquía, 25 de marzo de 1996; casos Sahiner contra Turquía, Ari contra Turquía, Mehmet Ali Yılmaz contra Turquía, Fikret Doğan contra Turquía, Selçuk Yıldırım contra Turquía, Tamkoç contra Turquía, Yalgın contra Turquía, Güneş contra Turquía, Kizilöz contra Turquía, Yakis contra Turquía, Arap Yalgin y otros contra Turquía, Gülşen y Halil Yasin Ketenoğlu contra Turquía, todas ellas de 25 de septiembre de 2001; Alfatli y otros (en relación al recurrente Mahmut Memduh Uyan) contra Turquía, de 30 de octubre de 2003 y Ahmet Koç contra Turquía, de 22 de junio de 2004. Otros muchos casos terminaron con acuerdos entre los recurrentes y el gobierno turco.

estatal. Aunque no eran propiamente tribunales militares, uno de los tres jueces que lo integraban pertenecía al Servicio Legal Militar, justificando dicha medida en su indudable competencia y conocimiento de la lucha contra el crimen organizado, incluido el desarrollado por grupos armados ilegales. Posteriormente, la Ley nº 3713, de lucha contra el terrorismo, publicada el 12 de abril de 1991, incorporó nuevos delitos al ámbito competencial de estos tribunales. Los numerosísimos casos sometidos a esos tribunales darían entrada, de nuevo, al análisis de la cuestión de su independencia e imparcialidad por parte del TEDH[329].

Las resoluciones recaídas al respecto desde el TEDH llevaron a la Gran Asamblea Nacional de Turquía (cámara legislativa turca) a modificar, mediante Ley de 18 de junio de 1999, el artículo 143 de la Constitución, excluyendo a los jueces militares de la composición de los Tribunales de Seguridad Nacional, tanto del tribunal como de la Fiscalía. El 22 de junio de 1999 se aprobaron modificaciones en el mismo sentido en la Ley sobre Tribunales de Seguridad Nacional, pasando a estar compuestos por tres jueces civiles. Esta modificación fue alegada por el gobierno turco en diversos recursos formulados ante el TEDH por ciudadanos condenados por dichos tribunales, estableciendo el Tribunal de Estrasburgo que la valoración acerca de la independencia e imparcialidad ha de referirse al caso concreto, no incidiendo las reformas legislativas posteriores y rechazando, por tanto, tal alegación[330]. El artículo 143 de la Constitución turca

[329] Pueden citarse las SSTEDH casos Çiraklar contra Turquía, de 28 de octubre de 1998; Sürek contra Turquía nº 1, Sürek contra Turquía nº 2, Okçuoglu contra Turquía, Gerger contra Turquía, Başkaya y Okçuoğlu contra Turquía, Sürek contra Turquía nº 3, Sürek contra Turquía nº 4, Sürek y Özdemir contra Turquía nº 4, Karataş contra Turquía, todas ellas de 8 de julio de 1999; Mehdi Zana contra Turquía, de 6 de marzo de 2001.

[330] De ese tenor serían las SSTEDH casos Sener contra Turquía, de 18 de julio de 2000; Sadak y otros contra Turquía nº 1, de 17 de julio de 2001; Karakoç y otros contra Turquía, de 15 de octubre de 2002; Özel contra Turquía. de 7 de noviembre de 2002; Demirel contra Turquía, de 28 de enero de 2003; N. K. contra Turquía, de 30 de enero de 2003; Atça y otros contra Turquía, de 6 febrero de 2003; Özdemir contra Turquía, de 6 febrero de 2003; Kizilyaprak contra Turquía, de 2 de octubre de 2003; Gencel contra Turquía, de 23 de octubre de 2003; Kenan Yavuz contra Turquía, de 13 de noviembre de 2003; Dursun y otros contra Turquía, de 4 de diciembre de 2003; Ükünç y Günes contra Turquía, de 18 de diciembre de 2003; Tahir Duran contra Turquía, de 29 de enero de 2004; Halil Dogan contra Turquía, y Kalyoncugil y otros contra Turquía, ambas de 29 de enero de 2004; Takak contra Turquía, de 1 de abril de 2004; Mehdi Zana contra Turquía nº 2, de 6 de abril de 2004; Tezcan Uzunhasanoglu contra Turquía, de 20 de abril de

donde se preveían estos Tribunales fue derogado por la Ley nº 5170 de 7 de mayo de 2004 y el 16 de junio de ese mismo año se derogó la mencionada Ley nº 2845 que había constituido los Tribunales de Seguridad Nacional.

Por su parte, la justicia militar propiamente dicha -en cuanto encargada de juzgar los delitos militares cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas-, se regulaba en el artículo 145 de la Constitución turca de 1982, siendo amparada por algunas de las resoluciones del TEDH a las que ya se ha hecho referencia[331]. Como se expuso, sería el propio Tribunal Constitucional turco el que en sentencia de 7 de mayo de 2009 estimara que la legislación interna aplicable no proveía de suficientes garantías a los miembros de un tribunal militar frente al riesgo de presiones externas, en particular al oficial sin formación jurídica que formaba parte de los mismos. Dicha sentencia interna motivó la modificación de las leyes que regían los tribunales militares turcos mediante reforma de 19 de junio de 2010, desapareciendo el oficial que lo integraba y pasando a estar constituidos por tres jueces militares pertenecientes todos ellos al Servicio Legal Militar, lo que también motivó el cambio de criterio del TEDH en el sentido de considerar contrario al artículo 6.1 la composición anterior a la reforma[332]. Tras el intento

2004; Lesker Acar contra Turquía, de 22 de junio de 2004; Aksaç contra Turquía y Colak (nº 2) contra Turquía, ambas de 15 de julio de 2004; Caloglu contra Turquía, Okutan contra Turquía, Süleyman Yildirim contra Turquía, Iprhim Ülger contra Turquía, todas ellas de 29 de julio de 2004; Murat Kilic contra Turquía, de 30 de septiembre de 2004; Mehmet Bülent Yilmaz y Sahin Yilmaz contra Turquía, de 7 de octubre de 2004; Yanikoglu contra Turquía y Durmaz y otros contra Turquía, ambas de 14 de octubre de 2004; Varli y otros contra Turquía, de 19 de octubre de 2004; Doganer contra Turquía, de 21 de octubre de 2004; Kaymaz y otros contra Turquía, Riza Dinç contra Turquía, Epözdemir contra Turquía, todas de 28 de octubre de 2004; Ayse Özturk contra Turquía, de 4 de noviembre de 2004; Marasli contra Turquía, de 9 de noviembre de 2004; Dicle contra Turquía, Kalin contra Turquía, las dos de 10 de noviembre de 2004; Halis contra Turquía, de 11 de enero de 2005; Temel y Taşkin contra Turquía, de 30 de junio de 2005; Han contra Turquía, de 13 de septiembre de 2005; Sevgin y İnce contra Turquía, de 20 de septiembre de 2005; Bulut contra Turquía, de 22 de noviembre de 2005.

[331]DTEDH en el caso Hakan Önen contra Turquía, de 10 de febrero de 2004.

[332] Así, la ya comentada STEDH en el caso Íbrahim Gürkan contra Turquía, de 3 de julio de 2012, que estima el recurso formulado por un militar condenado por un tribunal castrense debido a la integración en el órgano judicial de un oficial sin formación jurídica y vinculado a las Fuerzas Armadas. Es decir, la composición que anteriormente se había considerado admisible en casos como Hakan Önen, ahora se estima contrario al artículo 6 del CEDH atendiendo a la decisión del Tribunal Constitucional turco.

fallido de golpe de Estado de 15 de julio de 2016 y, previa celebración de un referéndum el 16 de abril de 2017, se aprobó la modificación de la Constitución turca que derogaba los artículos 145 y 157, añadiendo un párrafo al 142, acordando que no existirán otros tribunales militares que los disciplinarios a excepción de los que puedan constituirse en tiempo de guerra para enjuiciar delitos cometidos por militares en relación a sus funciones.

5.5.2. Manifestaciones en torno a la independencia e imparcialidad de esos órganos en el enjuiciamiento de civiles.

Analizada en un punto anterior la cuestión de la competencia de las jurisdicciones militares y los pronunciamientos al respecto dictados por el TEDH, cabe estudiar en este apartado la concreta posición mantenida por el Tribunal de Estrasburgo respecto a las condiciones de independencia e imparcialidad exigibles en esos supuestos.

Ya las SSTEDH recaídas en los diversos casos de la Dev-Yol se pronunciaban tímidamente sobre la circunstancia de la independencia e imparcialidad de un órgano militar encargado de enjuiciar a un civil. Así, la STEDH en el caso Sahiner -amparándose en lo afirmado en el caso Incal que posteriormente veremos-, destaca la importancia del hecho de que un civil comparezca ante un tribunal compuesto, aun en parte, por miembros de las Fuerzas Armadas. Y señala que *"el recurrente -juzgado por un tribunal militar por acusaciones de intento de subvertir el orden constitucional del Estado- podría haber tenido razones fundadas para temer, al ser juzgado por un tribunal que incluía a dos jueces militares y a un oficial del ejército que actuaban bajo la autoridad del comandante de la ley marcial."* Argumentos que llevan al TEDH a considerar que los temores del Sr. Sahiner hacia la falta de independencia e imparcialidad del tribunal militar debían

Esa misma argumentación sería reiterada en la STEDH en el caso Aymelek contra Turquía, de 30 de enero de 2018.

ser considerados objetivamente justificados y, por ende, debía estimarse conculcado el artículo 6.1 del CEDH. La exposición es demasiado parca e inespecífica en lo relativo a la incidencia de la condición civil del enjuiciado, pero deja entrever que las exigencias de independencia e imparcialidad han de ser más rigurosas cuando se trata de tribunales militares que enjuician a civiles o, desde otra óptica, que la teoría de las apariencias va a aplicarse en estos supuestos con un mayor rigor.

Esa misma línea argumentativa era la que había observado el TEDH en una anterior sentencia (GS), en el caso Incal contra Turquía de 9 de junio de 1998, si bien en relación con un Tribunal de Seguridad Nacional[333]. El gobierno turco argumentaba que la responsabilidad de esos jueces militares hacia sus superiores militares y las reglas referidas a su valoración profesional habían sido sobreestimadas, pues sus obligaciones como oficiales se limitaban a obedecer las reglas militares y observar la cortesía castrense. Estaban protegidos frente a cualquier presión de sus superiores jerárquicos, tanto que las mismas resultaban punibles conforme al Código Penal Militar. El sistema de evaluación aplicado a los jueces militares era únicamente respecto de sus cometidos no judiciales y, además, ellos tenían acceso a sus informes de evaluación y podían incluso cuestionarlos ante el Tribunal Supremo Administrativo Militar. En el caso Incal, ni

[333] Se resuelve el recurso planteado por el señor Incal, ciudadano turco, al que se acusaba de ser miembro del comité ejecutivo de la delegación en Izmir del Partido del Trabajo del Pueblo (en lo sucesivo, HEP). Ante las medidas adoptadas por el alcalde de la ciudad, destinadas sobre todo a reducir la zona de actuación de los mercaderes ambulantes, la delegación del partido decidió distribuir octavillas manifestando que tales medidas suponían una injerencia en los derechos de las personas de origen kurdo, la mayoría de las cuales vivía de ese tipo de pequeño comercio, y que formaban parte de una política integral orientada a expulsar a los kurdos. Además, invitaban a los ciudadanos a organizar comités de barrio para oponerse a la política desarrollada por la alcaldía.

El presidente del HEP informó al Prefecto de Izmir acerca de este proyecto y solicitó su permiso, pero la Policía de seguridad de Izmir consideró que las octavillas contenían propaganda separatista con incitación a resistir al gobierno y cometer delitos, siendo remitido a la fiscalía para su persecución ante el Tribunal de Seguridad del Estado de Izmir. Dicho órgano judicial ordenó la confiscación de las octavillas antes de que se pudiera proceder a su distribución y el 9 de febrero de 1993, declaró al recurrente culpable de los hechos imputados, y le condenó a seis meses y veinte días de prisión, y a una multa. Recurrida esa sentencia ante el Tribunal de Casación, solicitando la celebración de una vista oral, éste rechazó, sin vista pública, el recurso planteado por los interesados.

los compañeros ni los superiores jerárquicos o disciplinarios del juez militar en cuestión, ni las autoridades públicas que lo designaron tenían ninguna conexión con las partes ni ningún interés en absoluto sobre la sentencia que se discutía. Pese a tales argumentos, el TEDH, reitera la importancia de las apariencias y considera legítimas las dudas del Sr. Incal referidas a que la intervención de un juez militar en el Tribunal de Seguridad que le enjuiciaba pudiera suponer una indebida influencia por consideraciones ajenas a la naturaleza del asunto, lo que le lleva a declarar la vulneración del artículo 6.1 del Convenio, pronunciamiento que se sucedería en otros casos de análoga consideración hacia los Tribunales de Seguridad Nacional.

La STEDH en el caso Ergin (nº 6) contra Turquía, de 4 de mayo de 2006 -a la que ya se hizo referencia al hablar de la extensión de las jurisdicciones militares al enjuiciamiento de civiles-, trata del supuesto del editor de un periódico que es condenado por la publicación de un artículo contrario al servicio militar obligatorio y, de conformidad con la legislación turca de aquel momento, lesivo para la moral y el orden público. Al tratarse de un delito previsto en el Código Penal Militar, el tribunal militar encargado de su enjuiciamiento estaba compuesto por dos jueces militares y un oficial, todos ellos designados por el Jefe de Estado Mayor y vinculados al Ministerio de Defensa. Ante la alegación de falta de independencia e imparcialidad, el TEDH, tras señalar la progresiva restricción que el Derecho Internacional y el propio CEDH imponen a las jurisdicciones militares para el enjuiciamiento de civiles, establecía que *"las situaciones en las cuales un tribunal militar resulta competente para juzgar a civiles por actos contra las Fuerzas Armadas pueden dar lugar a dudas razonables sobre la imparcialidad objetiva del tribunal. Un sistema judicial en el que un tribunal militar está habilitado para juzgar a una persona que no es miembro de las Fuerzas Armadas puede ser fácilmente percibido como una reducción a la nada de la distancia que ha de existir entre el tribunal y las partes en un proceso penal, incluso si existen suficientes garantías para asegurar la independencia del tribunal".*

El TEDH había considerado suficientemente garantizada la independencia e imparcialidad de un tribunal militar en el caso Hakan Önen contra Turquía, sin embargo, va a exponer que tal supuesto difería significativamente de este caso, pues el Sr. Önen era un oficial del Ejército que había sido juzgado por un tribunal militar por la vulneración de una ley militar. Pese a que ambos casos versaban sobre la incitación al incumplimiento del servicio militar, en el caso Ergin el enjuiciado era un civil, que no tenía obligación de lealtad al Ejército y que la única razón para su persecución por un tribunal militar era porque la infracción cometida había sido calificada legalmente como delito militar. Y concluye que *"es comprensible que el recurrente, un civil que es juzgado por un tribunal compuesto exclusivamente de oficiales militares, acusado de delitos relativos a propaganda contra el servicio militar, se hubiera sentido receloso de comparecer ante jueces vinculados al Ejército, los cuales pueden ser identificados con una parte del proceso. En consecuencia, el recurrente pudo legítimamente temer que el General Staff Court pudiera verse indebidamente influenciado por consideraciones parciales".* Por ello considera objetivamente justificadas las dudas del Sr. Ergin relativas a la independencia e imparcialidad del órgano que lo juzgó y aprecia una vulneración del artículo 6.1 del CEDH.

Parece que, en examen de la imparcialidad del tribunal, la sentencia hace una distinción según la naturaleza del delito, estableciendo que en los casos en que el delito es dirigido contra el Ejército, los jueces vinculados al mismo son parte del caso y por tanto no pueden ser imparciales, pero únicamente cuando el enjuiciado carece de la condición de militar. El juez R. TÜRMEN, en su voto particular a esta sentencia, expone que la propia jurisprudencia del TEDH ha tratado de analizar cuando un tribunal militar -o un tribunal en el que se sienta un juez militar- ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad (por ejemplo, el comentado caso Incal contra Turquía, y los de Aksoy (Eroğlu) y Yavuz también contra Turquía, DDTEDH de 3 de noviembre de 2005 y 25 de mayo de 2000, respectivamente) sin atender a la naturaleza de la

infracción imputada. Sin embargo, en el caso Ergin (nº 6) parece apuntarse que en los casos en que la infracción atenta directamente contra el Ejército los tribunales militares no pueden ser imparciales. Señala el juez discrepante que sería preferible que el TEDH argumentase acerca de la existencia o falta de garantías suficientes de independencia e imparcialidad y no sobre injustificadas distinciones relativas a la naturaleza del procedimiento (penal o administrativo) o de la infracción (directamente contra el Ejército o no). Convengo con este voto particular pues creo que no ha de confundirse la independencia e imparcialidad del órgano con el ámbito competencial que le venga atribuido. Puede concebirse una jurisdicción militar estrictamente circunscrita en su ámbito competencial pero carente de los requisitos de independencia e imparcialidad exigidos por el CEDH y, por contra, puede establecerse una jurisdicción militar con amplias atribuciones que sí respete esos estándares; en mi opinión se trata de realidades no interrelacionadas. Lo que verdaderamente afecta a los derechos de los ciudadanos es el respeto a la independencia e imparcialidad del órgano judicial llamado a juzgarles y el hecho de que esté compuesto de militares o civiles no resulta relevante, del mismo modo que carece de significación la atribución a un órgano judicial civil, mercantil o administrativo siempre que el mismo cumpla las garantías precisas para su constitución y funcionamiento. Una posible hipertrofia de la jurisdicción castrense es, en mi opinión, un hecho que no afecta por sí mismo a la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales que la integran, sin perjuicio de que haya de cuestionarse esa magnificación de su ámbito competencial. De forma similar a lo que ocurría en la distinción materia penal *versus* materia disciplinaria, lo relevante no es la distinción en sí misma, sino la diferencia de garantías que ello implique. ¿Acaso puede hablarse de forma genérica de una quiebra de la imparcialidad en los jueces llamados a revisar un acto de otro órgano judicial? Obviamente no, sino que para establecer esa falta de imparcialidad debe atenderse, como la propia jurisprudencia del TEDH ha establecido, a una vertiente objetiva y otra subjetiva que han de apreciarse en el caso concreto.

En los casos Aksoy (Eroğlu) y Yavuz, invocados por el juez TÜRMEN en su voto particular, como vimos en el apartado tercero de este mismo capítulo, el TEDH no apreció falta de independencia e imparcialidad en los jueces militares que componían el Tribunal Supremo Administrativo Militar, y ello pese a que se trataba de resolver la petición de indemnización de civiles por daños irrogados por las Fuerzas Armadas o el Ministerio de Defensa y de que existían tanto jueces militares como oficiales en la composición de dicho Tribunal. En opinión del TEDH las circunstancias fácticas concurrentes diferían del caso Incal, invocado por los recurrentes, pues se trataba de un tribunal constituido para resolver acerca de la concesión o no de indemnizaciones. Lo que parece inferirse de tales afirmaciones es que, efectivamente, tanto la condición de militar del inculpado en un proceso penal como la naturaleza meramente pecuniaria de la cuestión a resolver, permiten una laxitud en los requisitos de independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, extremos que, como ya hemos visto, no establece el artículo 6.1 del CEDH.

Sin embargo, en la STEDH en el caso Canevi y otros contra Turquía, de 10 noviembre 2004, sometiéndose a consideración la condena impuesta por un Tribunal de Seguridad Nacional ante el que fueron juzgados los recurrentes por tráfico organizado de drogas, aun cuando claramente el delito no era dirigido contra el Ejército, la primera Sección del TEDH decidió unánimemente que existía una violación del artículo 6.1 del CEDH porque *"…aunque los recurrentes comparecían ante el Tribunal de Seguridad del Estado por tráfico organizado de drogas, tenían legítimas razones para temer que el tribunal podría dejarse influir indebidamente por consideraciones que no tenían nada que ver con la naturaleza de su caso".* Insisto en que este tipo de supuestos parecen atender a un propósito de acotamiento del ámbito competencial de los tribunales militares, lo que -en palabras del propio TEDH- no entra dentro de sus atribuciones[334]. El artículo 6.1

[334] Entre muchas otras, el ap. 70 de la STEDH del caso Incal señala: *"Su tarea* -en referencia al TEDH- *no es determinar en abstracto si es necesario establecer este tipo de tribunales en un Estado Parte o revisar*

del CEDH exige la consideración únicamente de si esos órganos judiciales gozaban o no de la independencia e imparcialidad necesarias para salvaguardar el derecho a un proceso justo, con independencia de la naturaleza de la infracción a enjuiciar.

Un caso especialmente significativo fue el caso Öcalan contra Turquía, resuelto en un primer momento por la STEDH de 12 de marzo de 2003 (luego sería revisado -como se verá-, por la Gran Sala). Cuestionaba la detención y posterior enjuiciamiento y condena del líder del PKK por lo que, junto a la relevancia del recurrente, su trascendencia derivaba del hecho de exigir un pronunciamiento del TEDH acerca de la adecuación de los Tribunales de Seguridad turcos cuando la reforma legal operada en los mismos se había producido en el curso del proceso. En este caso concreto, el TEDH parte del hecho de que el juez militar del Tribunal de Seguridad fue reemplazado por un magistrado civil antes de que la defensa emitiera sus conclusiones en el caso y, además, el magistrado civil que lo sustituyó se había sentado en el tribunal como magistrado suplente desde el comienzo de las sesiones del juicio. Sin embargo, para el TEDH, la sustitución a última hora del juez militar no reparaba el defecto en la composición del tribunal. En primer lugar, la sustitución no se produjo hasta una semana antes de la condena del recurrente y dos meses después del inicio del juicio. Además, ya se habían celebrado dos vistas preliminares y seis audiencias sobre el fondo antes de la fecha de la sustitución y en esa fase del proceso la acusación ya había presentado la totalidad de su expediente contra el demandante. En resumen, la mayor parte del juicio se desarrolló antes de que el juez militar cesara en sus funciones en el seno del Tribunal de Seguridad. El TEDH considera inútil especular sobre la cuestión de si el juez militar influyó realmente en los demás magistrados del tribunal durante el proceso ya que, como en los

sus prácticas relevantes, sino determinar si el modo en el que uno de ellos funcionó infringió el derecho del recurrente a un juicio justo (ver, entre otras, mutatis mutandis, Fey contra Austria sentencia de 24 de febrero de 1993, Series A nº 255-A, p. 12, § 27).

asuntos Incal y Çiraklar, era su mera presencia anterior a la sustitución el origen del problema. Es cierto, señala el TEDH, que un cambio en la composición de un tribunal en el curso de un proceso no plantea necesariamente una cuestión desde el punto de vista del artículo 6.1 (ver, a este respecto, la DTEDH en el caso P. K. contra Finlandia, de 9 de julio de 2002). Sin embargo, en este caso, es la presencia del juez militar durante la mayor parte del proceso la que plantea la cuestión y no el cambio en la composición que tuvo lugar. Además, el TEDH destaca el carácter excepcional del propio proceso, que afecta a un acusado muy conocido, implicado en un largo conflicto armado con las autoridades militares turcas y que era condenado a muerte. La presencia de un juez militar únicamente podía servir para incrementar las dudas en la mente del acusado en cuanto a la independencia e imparcialidad del tribunal, concluyendo que no puede entenderse que existiera un tribunal independiente e imparcial en el sentido exigido por el artículo 6.1 del CEDH.

El caso fue posteriormente visto por la Gran Sala del TEDH, recayendo una nueva STEDH (GS) de 12 de mayo de 2005[335]. En ella el TEDH considera que, independientemente de si la sustitución del juez militar por uno civil en el curso del proceso y antes de que la sentencia se deliberara enmendaba la situación, la independencia del tribunal no ha de valorarse únicamente atendiendo a su composición cuando fue deliberada la sentencia[336]. Para entender satisfechos los

[335] Posteriormente recaería una tercera sentencia referida a las condiciones de privación de libertad del señor Öcalan en la prisión de máxima seguridad de Imrali desde su ingreso en la misma el 16 de febrero de 1999. Se trataba de una prisión de máxima seguridad ubicada en una pequeña isla de difícil acceso en el mar de Mármara y en la cual el señor Öcalan permaneció como único interno hasta el 16 de noviembre de 2009 y sometido a condiciones de aislamiento y diversas restricciones de comunicación que el TEDH reputó contrarias al artículo 3 del CEDH. Después de dicha fecha ingresaron a otros internos y se modificaron las condiciones de la privación de libertad, si bien el TEDH declaró también la contrariedad al artículo 3 del CEDH del hecho de la imposición de una pena a perpetuidad sin posibilidad de libertad condicional.

[336] Se va a separar, por tanto, del criterio apuntado en su DTEDH en el caso Ender İmrek contra Turquía, de 28 de enero de 2003, por la que se inadmitió el recurso aludiendo la sustitución del juez militar por uno civil. A tal decisión hacía referencia el juez TÜRMEN en su voto particular contradictorio formulado en la STEDH de 12 de marzo de 2003, de la que trae causa esta segunda dictada por la Gran Sala.

requerimientos del artículo 6 relativos a la independencia, el tribunal afectado debe parecer independiente del Ejecutivo y del Legislativo en cada una de las tres fases de un proceso, a saber: la investigación, el juicio y la sentencia (de acuerdo con el Gobierno turco estas son las tres fases del proceso penal). Por ello, cuando un juez militar ha participado en una o más decisiones interlocutorias de efectos permanentes en el proceso penal, existe razonablemente motivo para que el acusado se preocupe por la validez de todo el proceso, al menos que el proceder subsiguiente del órgano judicial despeje ese motivo. Más específicamente, cuando un juez militar ha participado en una decisión interlocutoria que forma parte integral de un proceso contra un civil, el conjunto del proceso está desprovisto de una apariencia de haber sido llevado a cabo por un tribunal independiente e imparcial. En el caso Öcalan, ninguna de las resoluciones interlocutorias fue renovada después de la sustitución del juez militar y todas ellas fueron validadas por el juez reemplazante. En estas circunstancias, el TEDH estima que la sustitución del juez militar antes del final del proceso no despejó las razonables dudas del recurrente relativas a la independencia e imparcialidad del tribunal y ratifica la existencia de violación del artículo 6.1 del CEDH. Es decir, lo que destaca el TEDH es que la valoración acerca de la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional no ha de efectuarse atendiendo simplemente a la composición del mismo en el momento de dictar resolución, sino a dicha composición a lo largo del proceso y a la incidencia que cada uno de sus miembros –en este caso el juez militar- haya tenido en el curso de dicho proceso[337].

Con base en tales argumentos, en la STEDH en el caso Pakkan contra Turquía, de 31 de octubre de 2006, y otras sobre casos análogos[338], pese a que

[337] A la misma conclusión estimatoria se llegaría en la STEDH en el caso Halil Gündogan (núm. 2) contra Turquía, de 16 de enero de 2007.

[338] DDTEDH en los casos Yaşar contra Turquía, de 31 de marzo de 2005, y Tarlan contra Turquía, de 30 de marzo de 2006.

el juicio contra el recurrente comenzó ante un Tribunal de Seguridad que incluía en su composición a un juez militar, al que se sustituyó en el curso del proceso por un juez civil en virtud de las modificaciones normativas expuestas, no se apreció la vulneración del artículo 6.1 del CEDH dado que, en el posterior recurso de casación, los juicios se llevaron a cabo nuevamente ante órganos judiciales compuestos únicamente de jueces civiles, donde se pudo llevar a cabo un nuevo proceso contradictorio, razón por la cual el TEDH considera manifiestamente infundadas las alegaciones de falta de independencia e imparcialidad.

6. LA PRESUNCION DE INOCENCIA EN LOS PROCESOS MILITARES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

6.1. Contenido del derecho a la presunción de inocencia en la jurisprudencia del TEDH.

Para CIRO MILIONE[339] estamos ante *"uno de los principios jurídicos más importantes en todo Estado democrático y de Derecho".* Sin duda, la presunción de inocencia constituye uno de los pilares esenciales del Derecho Procesal Penal, pues de él deriva la configuración del principio acusatorio que lo caracteriza dentro de un Estado de derecho.

El TEDH, en su sentencia en el caso Fatullayev contra Azerbaiyán, de 22 de abril de 2010, señala que *"la presunción de inocencia establecida en el párrafo 2 del artículo 6 es uno de los elementos de un juicio penal justo que es exigido por el párrafo 1".* Esa conexión entre el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo aparece también expuesta en la STEDH en el caso Salabiaku contra Francia, de 7 de octubre de 1988, cuando establece que *"el objetivo y propósito del artículo 6 el cual, protegiendo el derecho a un juicio justo*

[339] MILIONE, C. (2015: 161).

y en particular el derecho a la presunción de inocencia, pretende asegurar el principio fundamental del Estado de derecho".

La interrelación del derecho a la presunción de inocencia con el concepto de juicio justo como elemento aglutinador del artículo 6 del CEDH resulta insoslayable. En ocasiones resulta complejo deslindar las manifestaciones que, según la jurisprudencia del TEDH, emanan del derecho a la presunción de inocencia de aquellas que pertenecen al núcleo del proceso equitativo. Esta cuestión es analizada por OVEJERO PUENTE[340], señalando el criterio seguido por el TEDH en supuestos controvertidos. Así, *"[e]l «derecho a la prueba», se ha relacionado con el derecho general al juicio justo o con los derechos de la legítima defensa. El «derecho a la prueba legítimamente obtenida» es parte del derecho al juicio justo o del principio de equidad [Caso Kruslin contra Francia (1990)]. En cuanto al derecho a que las pruebas sean las realizadas de forma inmediata ante el juez decisor, en el juicio oral y público, en el que se pueda plantear el debate contradictorio se considera un derecho protegido por el principio de igualdad de armas y derecho a la legítima defensa enunciados en el artículo 6.1 en relación con el 6.3 [Caso Windisch contra Austria (1990)]. El mismo tratamiento recibe el «derecho a no declarar contra sí mismo» [Caso Funke contra Francia (1993)]".*

La propia jurisprudencia del TEDH confunde este derecho con el principio *in dubio pro reo,* pero, partiendo ambos del principio más genérico del *favor rei,* operan, sin embargo, en momentos procesales distintos. La presunción de inocencia actúa, como el resto de garantías procesales, desde el momento en que pueda establecerse la existencia de una acusación contra un sujeto, imponiendo a quien sostiene la acusación la obligación de su prueba e imposibilitando que sea tratado como culpable hasta que recaiga una resolución que acredite tal acusación. Mientras, el *in dubio pro reo* operará cuando, producida una actividad probatoria, la misma no se revela suficiente a criterio del juez o tribunal para

[340] OVEJERO PUENTE, A. M.. (2019: 290-291).

alcanzar el convencimiento de la culpabilidad del acusado, optando en consecuencia por su exculpación[341] .

Siguiendo a DÍAZ FRAILE[342], el derecho a la presunción de inocencia presenta dos facetas según la jurisprudencia del TEDH: como regla de tratamiento y como regla de juicio. Exponiendo cada una de ellas: *"como regla de tratamiento impide tener a una persona como culpable antes de que su culpabilidad haya sido declarada legalmente.* [...] *como regla de juicio exige que el tribunal no parta de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, y supone el desplazamiento de la carga de la prueba a la acusación, de tal forma que cualquier duda derivada de una insuficiencia probatoria ha de redundar en beneficio del acusado".*

La doctrina del propio TEDH[343] considera que el derecho a la presunción de inocencia *"comporta, inter alia, que: (1) cuando llevan a cabo su función, los*

[341] Sobre esta cuestión señala DÍAZ FRAILE (DÍAZ FRAILE, F. (2017) *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva crítica del Derecho español vigente*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 21): *"La jurisprudencia del TEDH concibe el principio in dubio pro reo como una expresión particular del derecho a la presunción de inocencia, mientras que la doctrina legal del TC considera que presunción de inocencia e in dubio pro reo son dos principios distintos, sin perjuicio de la íntima relación que guardan y del papel auxiliar del segundo respecto del primero. La inclusión o no del in dubio pro reo en el contenido del derecho a la presunción de inocencia es importante ya que determina el alcance de la tutela judicial sobre el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio".*

En nuestro derecho el deslinde entre ambos resulta jurisprudencial y doctrinalmente consolidado. Así, la STS (Sala II) de 5 de diciembre de 2015: *"En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo. Así, la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (ver la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de mayo de 1985) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien la mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo, y por su parte, el principio in dubio pro reo, presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal a quien compete su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos".*

[342] DÍAZ FRAILE, F. (2017: 49).

[343] *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb),* Apartado 327, p.63. (Guide on Article 6 - Right to a fair trial (criminal limb) (coe.int)) (consultado el 01/05/2021).

miembros de un tribunal no deben comenzar con la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito del que se le acusa; (2) la carga de la prueba corresponde a la acusación, y (3) cualquier duda debe beneficiar al acusado". En el siguiente punto veremos en qué forma esas manifestaciones pueden incidir particularmente en la esfera de derechos de los militares.

6.2. Manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia y su incidencia en la esfera de derechos de los militares.

La *Guide on Article 6 of the Convention*[344], publicada por el propio TEDH, señala que *"[v]isto como una garantía procesal en el contexto de un juicio penal, la presunción de inocencia impone requisitos respecto a, entre otros, la carga de la prueba (Telfner contra Austria, ap. 15); presunciones legales de hecho o de derecho (Salabiaku contra Francia, ap. 28; Radio France y otros contra Francia, ap. 24); la protección frente a la auto incriminación (Saunders contra Reino Unido, ap. 68); la publicidad previa al juicio (G.C.P. contra Rumanía, ap. 46); y expresiones prematuras, por el tribunal u otros órganos públicos, de la culpabilidad del enjuiciado (Allenet de Ribemont, ap. 35-36, Nešťák contra Eslovaquia, ap. 88)".*

Partiendo de esta enumeración iremos glosando cada una de esas manifestaciones de la presunción de inocencia y analizando cuál puede ser su incidencia en la esfera de derechos de los militares.

6.2.1. Carga de la prueba

Respecto a la carga de la prueba, la STEDH en el caso Telfner contra Austria, de 20 de marzo de 2001, señala que *"la presunción de inocencia sería vulnerada si la carga de la prueba se traslada de la acusación a la defensa (ver la sentencia*

[344] *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb),* Apartado 328, p. 63 (Guide on Article 6 - Right to a fair trial (criminal limb) (coe.int)) Apartado 328, p. 63 (consultado el 01/05/2021).

Murray contra Reino Unido de 8 de febrero de 1996)". Y continúa indicando que *"al requerir al recurrente la aportación de una explicación a pesar de que no había sido posible establecer un caso convincente prima facie contra él, los tribunales desplazaron la carga de la prueba de la acusación a la defensa".*

De este modo, el derecho a la presunción de inocencia se convierte en el origen mismo del principio acusatorio, pues partiendo de la inicial inocencia de todo acusado, debe ser la parte acusadora quien demuestre la existencia de los hechos delictivos y la participación en ellos del acusado. No obstante, como veremos a continuación, existen determinadas circunstancias que pueden desplazar esa carga de la prueba, ya sea por la existencia –como señala la sentencia mencionada- de elementos de prueba contra el acusado que hayan de ser desvirtuados o por la consideración de presunciones legales.

Así, por ejemplo, en la ya citada STEDH del caso Telfner contra Austria el TEDH considera -haciendo referencia a su anterior STEDH (GS) en el caso John Murray contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996- admite la posibilidad de otorgar relevancia al silencio del acusado *"siempre y cuando las pruebas aportadas sean tales que la única inferencia de sentido común que pueda extraerse del silencio del acusado es que este no tuvo respuestas para el caso existente en su contra".*

6.2.2. Presunciones legales

El TEDH ha reiterado que el Convenio no prohíbe las presunciones de hecho o de derecho que son establecidas por la ley en la mayor parte de sistemas legales, si bien *"exige a los estados que las sometan a límites razonables que tomen en consideración la importancia de los intereses en conflicto y preserven el derecho de defensa"* (STEDH en el caso Salabiaku contra Francia, de 7 de octubre de 1988). Puede ponerse como ejemplo la STEDH en el caso Grayson y Barnham contra Reino Unido, de 23 de septiembre de 2008, cuando señala: *"El Tribunal no*

considera en ninguno de los casos, ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico, que el hecho de que los dos demandantes, una vez que habían sido condenados por delitos graves de tráfico de drogas, tuvieran que probar el origen lícito del dinero o de los bienes, que había quedado probado que poseyeron durante los años anteriores al delito, fuera incompatible con el artículo 6 del Convenio". O la del caso Radio France y otros contra Francia, de 30 de marzo de 2004, donde se debatía la adecuación al Convenio de la previsión legal francesa confiriendo responsabilidad al director de una publicación por las difamaciones realizadas en el medio en cuestión. En esos casos *"un número de elementos debe ser probado antes de que el director de la publicación sea condenado: debe tener la condición de director de la publicación, la declaración delictiva debe haberse difundido y ser difamatoria; y el contenido de la declaración debe haber sido fijado antes de su difusión";* además de poder desvirtuar esos elementos el director de la publicación podía -señala el TEDH- tratar de demostrar que la declaración se había realizado con buena fe, por lo que la responsabilidad conferida por la ley francesa no conculcaba el derecho a la presunción de inocencia.

Esa doctrina del TEDH ha sido recogida en el considerando 22 de la Directiva UE 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio[345], de manera que forma parte del derecho de la UE y, por ende, del derecho de los Estados miembros.

[345] *"La carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Dichas presunciones deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa".*

El análisis de la relación de las presunciones legales con la presunción de inocencia ha sido parco en nuestra jurisprudencia. Sin embargo, en los escasos pronunciamientos, la posición de nuestro TC parece aún más restrictiva que la del propio TEDH. La STC 233/2005, de 26 de septiembre, señala que *"ciertamente, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, con independencia del tipo de delito de que se trate, en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure. La primera modalidad de presunción iuris tantum no es admisible constitucionalmente porque «produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE». Y la segunda modalidad, la presunción iuris et de iure, «tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia» (SSTC 111/1999, de 14 de junio, F. 3; y 87/2001, de 2 de abril, F. 9)".* Cuestión diferente -aunque no siempre fácil de deslindar en la práctica- es la referida a la denominada prueba indiciaria y su legitimidad bajo el prisma del derecho a la presunción de inocencia[346].

[346] Al respecto, la mencionada STC 233/2005 señala: *"Ahora bien, como es lógico, lo anterior no obsta a la legitimidad constitucional de la prueba de indicios, puesto que ésta versa sobre los hechos y no directamente sobre los elementos constitutivos del delito, siempre que reúna los requisitos y condiciones que hemos exigido reiteradas veces y que, a los efectos que aquí y ahora interesan, pueden resumirse en dos: que parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano detallado en la Sentencia condenatoria (entre las últimas, SSTC 43/2003, de 3 de marzo, F. 4; 135/2003, de 30 de junio, F. 2; 61/2005, de 14 de marzo, F. 2; y 137/2005, de 23 de mayo, F. 2).*

Por otro lado hemos de recordar también que la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos. En efecto, como venimos señalando, «el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho» (SSTC 51/1985, de 10 de abril, F. 9; y 87/2001, de 2 de abril, F. 9),

En relación con el objeto de este estudio merece ser analizada la consideración que en el ámbito penal y disciplinario militar español se dispensa al parte militar. Esta doctrina del valor probatorio del parte se encuentra plenamente consolidada en la jurisprudencia de la Sala V del TS[347]. La STS (Sala V) de 24 de junio de 2020, con una extraordinaria recopilación de la jurisprudencia anterior de la Sala sobre la cuestión[348], establece que *“"el parte que suscribe el Superior que presencia los hechos puede tener por sí solo valor probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia, cuando el testimonio que en él se contiene presenta suficientes garantías de credibilidad y verosimilitud, pero se ha exigido también que, cuando no existe más prueba que dicho testimonio y, además, la conducta indisciplinada se ha dirigido contra el Superior que recibe la ofensa del subordinado, la valoración de la prueba ha de efectuarse con especial rigor, analizando cuidadosamente su contenido, pues se constituye en la única prueba de cargo que ha de servir para enervar la presunción de inocencia, por lo que, al examinar las diversas circunstancias que rodean los hechos, resulta, si no imprescindible, muy necesario, buscar la existencia de corroboraciones periféricas que puedan confirmar la realidad”.* Como ha quedado expuesto, no se trata de una presunción legal en contra del acusado, pero es la ley la que viene a otorgar la presunción de veracidad y, con ello, el carácter de prueba indiciaria que traslada la carga de la prueba del acusador al acusado[349]. Sin embargo, no

«pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba» (SSTC 150/1989, de 25 de septiembre, F. 2 b); 120/1998, de 15 de junio, F. 6; y 87/2001, de 2 de abril, F. 9) y dar lugar a su calificación jurídica (STC 273/1993, de 27 de septiembre, F. 3;). No obstante, en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos «los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad» (SSTC 127/1990, de 5 de julio, F. 4; 93/1994, de 21 de marzo, F. 2; y 87/2001, de 2 de abril, F. 9; en la misma línea, SSTC 137/2002, de 3 de junio, F. 5; y 147/2002, de 15 de julio, F. 5).”

[347] Sentencias de 18 de febrero de 1992, 20 de diciembre de 1993, 17 de enero y 7 de marzo de 1994, 2 de junio y 14 de noviembre de 1995 y 3 de enero, 6 de abril y 8 de junio de 2001, entre otras.

[348] Se citan las SSTS de 6 de julio de 2007, 21 de diciembre de 2007, 22 de enero, 11 de febrero, 6 de julio y 16 de septiembre de 2010, y de 6 de junio de 2012.

considero que tales previsiones contravengan la presunción de inocencia en los términos que son interpretados por el TEDH, pues la presunción de veracidad del parte se somete, como se ha visto, a una serie de requisitos y –lo que es más importante- no impide el ejercicio del derecho de defensa por parte de los acusados.

6.2.3. Declaraciones públicas[350].

Una de las manifestaciones que, de forma reiterada, ha considerado insertas el TEDH en el derecho a la presunción de inocencia es la salvaguarda frente a declaraciones procedentes de autoridades públicas que puedan hacer creer en la culpabilidad del investigado antes de que la misma sea declarada por el órgano judicial correspondiente. La Directiva 2016/343/UE[351] recoge esta manifestación del derecho a la presunción de inocencia, si bien –como defiende GARCÍA MOLINA[352]- sería exigible la transposición de la misma en nuestro ordenamiento en lo que a esta concreta dimensión se refiere. CIRO MILIONE[353] se ha referido a esta manifestación como *"irradiación extraprocesal"* de la presunción de inocencia, entendida como *"una tendencia típica del derecho a la presunción de inocencia a*

[349] En nuestro derecho, ha de partirse de la presunción de validez de los actos administrativos que proclama el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas (un análisis de la cuestión en CANO CAMPOS, T. (2020) "La presunción de validez de los actos administrativos", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época,* (14), pp. 6-28) y del valor asignado al atestado policial (PLANCHADELL GARGALLO, A. (2008) "Valor probatorio del atestado policial" en VIDALES RODRÍGUEZ, C. y MERA REDONDO, A. (coord.), *Seguridad vial (especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 379-400).

[350] Sobre este particular resulta de especial interés la obra OVEJERO PUENTE, A. M. y otros (2017) *Presunción de inocencia y juicios paralelos en Derecho Comparado,* Valencia: Tirant lo Blanch.

[351] Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

[352] GARCÍA MOLINA, P. (2018) "La transposición de la Directiva (UE) 2016/343 en lo que respecta al reforzamiento en el proceso penal de determinados aspectos extraprocesales de la presunción de inocencia", *Diario La Ley*, Nº 9300.

[353] MILIONE, C., (2015:164-165).

trascender los espacios delimitados por el contexto procesal para sustanciarse en un bien jurídico, cuya tutela no es exigible sólo por los sujetos llamados, por principio, a la protección de los derechos en el ejercicio de la máxima imparcialidad —los jueces—, sino a todos los representantes de las instituciones del Estado". Pero como manifiesta igualmente el mismo autor, *"[n]o faltan críticas a esta jurisprudencia, como demuestra, por un lado, la opinión disidente de un magistrado del TEDH encargado de conocer el caso anterior* –STEDH en el caso Allenet de Ribemont contra Francia, de 10 de febrero de 1995-*, y por otro, algunas posturas doctrinales determinadas".*

La trascendencia mediática que pueden alcanzar algunos supuestos penales referidos a los militares hace preciso abordar esta cuestión que conecta, a su vez, con una consideración más habitual como es la de la adopción por las autoridades públicas de medidas administrativas anudadas a la inculpación de un militar en un proceso penal. La ya mencionada STEDH en el caso Fatullayev contra Azerbaiyán, de 22 de abril de 2010, analiza esta cuestión partiendo de la idea de que el derecho a la presunción de inocencia *"también incluye las declaraciones realizadas por otras autoridades públicas acerca de investigaciones criminales en curso que pudieran llevar al público a creer la culpabilidad del sospechoso y prejuzgar la valoración de los hechos por la autoridad judicial competente".* Sin embargo, puntualiza el TEDH, que ello no puede impedir a las autoridades informar a la opinión pública sobre investigaciones en curso, *"pero ello exige que se haga con toda la discreción y circunspección necesarias para que la presunción de inocencia sea respetada".* Es por ello -continúa- *"[d]ebe establecerse una distinción fundamental entre una declaración de que alguien es meramente sospechoso de haber cometido un crimen y la clara afirmación, en ausencia de una condena final, de que un individuo ha cometido el crimen en cuestión. El Tribunal ha enfatizado constantemente en la importancia de la elección de las palabras por las autoridades públicas en sus declaraciones anteriores a que una persona haya sido juzgada y declarada culpable de un*

particular delito". En ese caso se trataba de declaraciones efectuadas por el Fiscal General, pero también pueden citarse supuestos de declaraciones efectuadas por la policía (STEDH en el caso Y. B. y otros contra Turquía, de 28 de octubre de 2004), el presidente del parlamento (STEDH en el caso Butkevicius contra Lituania, de 26 de marzo de 2002) o el ministro del Interior junto a autoridades policiales (la mencionada STEDH en el caso Allenet de Ribemont contra Francia, de 10 de febrero de 1995). Estas obligaciones han de extenderse, obviamente, al propio juez encargado del caso (STEDH en el caso Lavents contra Letonia, de 28 de noviembre de 2002).

En otro de los múltiples casos seguidos por hechos similares contra Azerbaiyán[354] -caso Mirgadirov contra Azerbaiyán y Turquía, de 17 de septiembre de 2020- el TEDH, en relación con unas declaraciones difundidas para informar del proceso seguido contra un conocido periodista, señala que, aunque en los primeros párrafos de la misma se hacía un relato del curso de las actuaciones sin presentar al recurrente como culpable, los siguientes le atribuían sin reservas la comisión de varios hechos delictivos, *"poniendo en riesgo la valoración imparcial de los hechos por los tribunales y llevando a la opinión pública a creer que el recurrente era culpable antes de que hubiera sido probada su culpabilidad con arreglo a la ley. Además, esa atribución sin reservas al recurrente de los hechos criminales mencionados fue descrita en las declaraciones como un nuevo y relevante hecho que había sido recientemente descubierto en el curso de las investigaciones, lo cual socavaba enormemente el impacto de las expresiones neutrales empleadas al inicio de las declaraciones".*

[354] SSTEDH en los casos Farhad Aliyev contra Azerbaiyán, de 9 de noviembre de 2010; Muradverdiyev contra Azerbaiyán, de 9 de diciembre de 2010; (GS) Ilgar Mammadov contra Azerbaiyán de 29 de mayo de 2019.

6.2.4. Imparcialidad del juez y de las autoridades.

Sin embargo, como señala CASADEVALL[355], deben distinguirse esas declaraciones públicas de las manifestaciones que se produzcan en el seno del propio proceso. Una de las manifestaciones más significativas del derecho a la presunción de inocencia es la que conecta dicho derecho con la inexorable imparcialidad del órgano judicial, entendida -bajo el prisma de la presunción de inocencia- como la ausencia de consideraciones que pudieran atisbar la predisposición del órgano enjuiciador en algún sentido.

Ya expusimos al hablar de la imparcialidad del órgano judicial como podía incidir en la misma la participación previa de alguno de los jueces en el mismo proceso, siendo determinante el hecho de haber participado en alguna actuación en la que existiera un pronunciamiento referido a la culpabilidad o inocencia del investigado.

En este contexto, la STEDH en el caso Grubnyk contra Ucrania, de 17 de septiembre de 2020 establece que *"debe hacerse una distinción entre declaraciones que reflejan la opinión de que una persona investigada es culpable y las declaraciones que únicamente describen "un estado de sospecha". La primera infringe la presunción de inocencia, mientras que la última ha sido considerada como inocua en varios supuestos analizados por el Tribunal".* Esta sentencia insiste en la necesidad de que la valoración de las declaraciones en cuestión se lleve a cabo en su contexto y que el uso de expresiones desafortunadas no siempre resulta decisivo para el derecho a la presunción de inocencia. Se enumeran una serie de resoluciones en las que el TEDH ha apreciado la vulneración de este derecho; así, en resoluciones sobre prisión preventiva en las que sin reservas se establecía la culpabilidad del acusado (casos Matijašević contra Serbia, de 19 de septiembre de 2006; Garycki contra

[355] CASADEVALL, J. (2012:302).

Polonia, de 6 de febrero de 2007; Nešták contra Eslovaquia, de 27 de febrero de 2007; Fedorenko contra Rusia, de 20 de septiembre de 2011; Gutsanovi contra Bulgaria, de 15 de octubre de 2013; y Mugoša contra Montenegro, de 21 de junio de 2016). Recuerda que no es lo mismo establecer afirmaciones acerca de los indicios que determinan la adopción de la prisión preventiva -ya se trate de justificar la misma para evitar la evasión del acusado, la obstaculización de la investigación o la comisión de nuevos hechos delictivos-, que aseverar la culpabilidad del investigado en esa fase del proceso.

En otro orden de cosas, la STEDH en el caso Daktaras contra Lituania, de 10 de octubre de 2000, se refería a las declaraciones efectuadas por el Ministerio Fiscal *"no en un contexto independiente del propio procedimiento penal, por ejemplo en una rueda de prensa, sino en el marco de una decisión motivada, que ha intervenido en un estadio preliminar del procedimiento, por la cual la demanda de archivo definitivo de los autos formulada por el demandante ha sido denegada".* Pero también en ese tipo de declaraciones debe mantenerse una cierta ponderación de la presunción de inocencia, como señala la STEDH en el caso Ismoilov y otros contra Rusia, de 24 de abril de 2008 al afirmar que *"[l]a decisión de extraditar a los recurrentes no contraviene en sí misma la presunción de inocencia* […]. *Sin embargo, la queja de los recurrentes no se dirigía contra la extradición como tal, sino más bien contra el razonamiento contenido en la decisión de extradición.* […]. *La decisión de extradición declaraba que los recurrentes debían ser extraditados porque habían "cometido" actos de terrorismo y otros delitos en Uzbekistán* […]. *La declaración no se limitaba a describir un "estado de sospecha" contra los recurrentes, presentaba como un hecho establecido, sin ninguna calificación o reserva, que estaban implicados en los delitos, sin tan siquiera mencionar que ellos negaban su implicación".*

Sin embargo, el TEDH ha señalado que no puede establecerse bajo el artículo 6.2 del CEDH, un análisis separado de la cuestión de la duración de la

detención, pues tales casos corresponden al ámbito del artículo 5.3 (DTEDH en el caso Yavuz contra Turquía, de 5 de octubre de 2004).

En el concreto ámbito castrense, la conocida STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, ya señaló que *"este artículo* –el 6.2- *no tiene el alcance que le dan los dos demandantes. Como muestran sus palabras, se refiere a la declaración de culpabilidad y no a la naturaleza ni a la clase de pena. No impide al juez nacional, al pronunciarse sobre la sanción a imponer a un acusado legalmente condenado de la infracción sometida a su veredicto, tener en cuenta factores relativos a la personalidad del interesado".* Y ello por cuanto el Tribunal Supremo Militar que los condenó, invocó determinados hechos referidos a la personalidad y a los antecedentes de los condenados, acreditados debidamente en el proceso, para establecer la concreta pena a imponer a los mismos, estimando el TEDH que en esa fase de determinación de la pena ya no resultaba de aplicación el derecho a la presunción de inocencia.

6.2.5. Presunción de inocencia durante la apelación.

La STEDH en el caso Konstas contra Grecia, de 24 de mayo de 2011, establece que *"la presunción de inocencia no puede cesar su aplicación en los procedimientos de apelación porque el acusado fue condenado en la primera instancia. Tal conclusión contravendría el papel del procedimiento de apelación, en el que el tribunal de apelación está llamado a reexaminar la primera decisión adoptada tanto en los hechos como en los fundamentos jurídicos".*

No obstante, señala la STEDH en el caso Tsvetkova y otros contra Rusia, de 10 de abril de 2018, que *"el mero hecho de que una apelación contra la sentencia no tenga efectos suspensivos acerca de la ejecución de la pena no implica una violación del artículo 6.2 del Convenio".*

En nuestro ámbito penal militar, pese a la inexistencia de una segunda instancia, la ejecución de las sentencias se vincula a su previa declaración de firmeza. Sin embargo, no sucede lo mismo en el ámbito disciplinario, donde la ley establece la inmediata ejecución de las sanciones acordadas[356]. Ya manifesté hace tiempo mi opinión crítica al respecto y la confusión que –a mi modo de ver- se produce por parte del legislador entre la potestad de policía y la inmediata ejecutividad de actos administrativos, que contraviene tanto la presunción de inocencia como la tutela judicial efectiva (ver nota 66).

6.2.6. Presunción de inocencia y responsabilidad civil.

Ya en la STEDH en el caso Minelli contra Suiza, de 25 de marzo de 1983, se analizaba la adecuación de una resolución judicial que, tras archivar las actuaciones penales por prescripción del presunto delito, impuso al investigado el pago de una indemnización y de parte de las costas procesales. El TEDH establece que *"la presunción de inocencia es vulnerada cuando, sin haber sido legal y previamente establecida la culpabilidad de un imputado y, sobre todo, sin que éste haya podido ejercer el derecho a defenderse, una decisión judicial refleja el sentimiento de su culpabilidad. También puede ser el caso en ausencia de una constatación formal, basta con que una motivación pueda dar a entender que el juez considera al interesado culpable".* De forma más elocuente, la STEDH en el caso Vassilios Stavropoulos contra Grecia, de 27 de septiembre de 2007, señala

[356] Artículo 60.1 LORDFAS:

"Las sanciones disciplinarias serán inmediatamente ejecutivas y comenzarán a cumplirse el mismo día en que se notifique al infractor la resolución por la que se le imponen, salvo las impuestas por el Comandante de un buque de guerra en la mar, que se podrán diferir hasta la llegada del buque a puerto o en los supuestos previstos en el artículo 40.

Cuando un sancionado sea privado de libertad por imposición de una sanción de arresto, o de una medida cautelar del artículo 31 o provisional del artículo 51, la ejecutividad inmediata de tales sanciones o medidas se entenderá sin perjuicio de que el sancionado pueda instar el procedimiento de «habeas corpus» ante el Juez Togado Militar Territorial competente, de conformidad con el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»".

que *"en el ámbito del artículo 6.2 del Convenio, el pronunciamiento de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidental sobre la responsabilidad penal del interesado".* Igualmente, el derecho a la presunción de inocencia impide que pueda exigirse a una persona que demuestre su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por prisión provisional, tal y como señala la STEDH en el caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España de 16 de febrero de 2016, que ha abocado a España a declarar la inconstitucionalidad del artículo 294 LOPJ[357].

En el concreto ámbito de las jurisdicciones militares, la DTEDH en el caso Lee contra Reino Unido, de 26 de agosto de 2003, inadmite el recurso de un cabo

[357] Ya las SSTEDH en los casos Puig Panella contra España, de 25 de abril de 2006, y Tendam contra España, de 13 de julio de 2010, condenaron a España por vulneración de la eficacia extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia al denegar la indemnización prevista en el artículo 294 de la LOPJ por deberse la absolución a la falta de prueba de la autoría y no a una acreditación de falta de participación en los hechos. A juicio de la Corte de Estrasburgo, esa distinción, a efectos de indemnización, entre la absolución por quedar probada la no participación en los hechos y la debida a la falta de prueba de la participación, resulta contraria a la presunción de inocencia del artículo 6.2 del CEDH. En base a dicha jurisprudencia del TEDH, el Tribunal Supremo, en dos sentencias de su Sala III de 23 de noviembre de 2010, modificó su anterior interpretación teleológica, pero manteniendo que el legislador no quiso indemnizar todo supuesto de absolución en el artículo 294 de la LOPJ, limitando el ámbito de aplicación de dicho precepto a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho y reconduciendo los encuadrados en la inexistencia subjetiva a la vía del error judicial articulada en el artículo 293.1 de la LOPJ.

Esa doctrina del Tribunal Supremo fue censurada en las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, por entender que perpetúa el problema de la diferenciación vedada por el derecho a la presunción de inocencia en su comprensión por el TEDH. La primera de esas sentencias reproduce los parágrafos 39 y 40 de la STEDH que aquí se comenta -caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España- y ordena la retroacción de las actuaciones para que el Tribunal Supremo resuelva de nuevo sobre la solicitud de indemnización de forma respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, sin sembrar dudas sobre la culpabilidad del recurrente. Sin embargo, la Sala III, por STS de 12 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2862), reiteró la denegación de la pretensión indemnizatoria con el argumento de que la absolución no obedecía al estricto supuesto legal del artículo 294 de la LOPJ de inexistencia objetiva del hecho (o de atipicidad del mismo). A juicio del Tribunal Supremo, por más que el recurso mantenga que el delito no existió, de modo que concurre inexistencia objetiva del hecho, la sentencia de instancia declaró que el recurrente fue absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo*, que es algo distinto, sin que quepa reinterpretar los hechos declarados probados en la sentencia penal dándoles un sentido distinto acorde con ese supuesto. En consecuencia, se desestima el recurso de casación y no se indemniza, ya que no confluye el presupuesto legal de inexistencia del hecho imputado.

Sería la STC 85/2019 de 19 junio, la que, resolviendo una auto cuestión de inconstitucionalidad, zanjara la controversia declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos "por inexistencia del hecho imputado "y "por esta misma causa" del artículo 294.1 de la LOPJ, admitiéndose así la posibilidad de indemnización en los casos de prisión provisional seguida de absolución por cualquiera que sea el motivo que dé lugar a la misma.

británico que estimaba como abuso procesal el haber sido sometido a un proceso sin determinación de la acusación en su contra y vulnerándose la presunción de inocencia[358]. Para el TEDH *"no existe un derecho derivado del artículo 6 a un particular resultado de los procesos penales. El hecho de que el recurrente no haya sido formalmente absuelto no vulnera, por sí solo, su presunción de inocencia".* En el caso en cuestión, señala el TEDH, que fue el informe del *judge advocate* el que no sólo no estableció una sospecha de culpabilidad del investigado, sino que benefició al mismo al reconocer la existencia de serias inexactitudes por parte de la acusación y, además, recomendó que se indemnizase al acusado con los gastos de su asistencia legal y otros derivados del procedimiento.

6.2.7. Procedimientos subsiguientes

La comentada STEDH en el caso Vassilios Stavropoulos contra Grecia, de 27 de septiembre de 2007, no sólo se refería a las implicaciones civiles de un proceso penal, pues indicaba que *"el ámbito de aplicación del artículo 6.2 no se limita a los casos en que el demandante es acusado en un procedimiento penal susceptible de poder menoscabar su presunción de inocencia. En efecto, el Tribunal exige simplemente que el demandante se encuentre afectado por una decisión en ese tipo de procedimiento"*. Bajo tal argumentación, la aplicación de la presunción de inocencia se extendería a quienes pueda afectar negativamente el pronunciamiento en un proceso penal. El concreto caso analizado en la sentencia establece la aplicación de la presunción de inocencia en los supuestos en los que

[358] Los hechos se contraen a su detención por la policía civil indicando que se encontraba ebrio y alterando el orden, siendo conducido ante sus jefes militares, y acordándose el inició en su contra de un proceso por embriaguez ante una *court martial.* Sin embargo, el *judge advocate* que intervino en la misma informó de la existencia de serios defectos procesales, como la presión a la que se había sometido al acusado para que aceptase una pena en un proceso sumario ante su superior jerárquico que evitaría la *court martial,* o que se pretendiese por la fiscalía llamar como testigo de la acusación al oficial que había defendido al acusado. El proceso finalizó sin pronunciamiento sobre el fondo y el cabo pretendía que se declarase expresamente su absolución, sin que se diera tal pronunciamiento. Si existió un reconocimiento indemnizatorio por parte de la policía -siendo indemnizado con 7.500 libras- y otro procedimiento de esa índole se encontraba pendiente ante el Ministerio de Defensa.

un proceso administrativo se sigue o deriva de los mismos hechos que han propiciado una investigación penal. En nuestro contexto, ello sería aplicable en los casos en que los hechos motivadores de un procedimiento disciplinario son objeto, al mismo tiempo o de forma precedente, de un proceso penal y ello con independencia, señala el TEDH, de que el procedimiento administrativo se encuentre vinculado por las resultas del proceso penal.

Partiendo de estas premisas, el derecho a la presunción de inocencia impediría partir de una concepción de culpabilidad de quien fue absuelto en un previo proceso penal o cuando tal proceso hubiera sido archivado o suspendido. Para que tal garantía resulte aplicable el sujeto debe demostrar la existencia de un vínculo entre el proceso penal concluido y el procedimiento subsiguiente. Señala la STEDH (GS) en el caso Allen contra Reino Unido de 12 de julio de 2013, que *"ese vínculo estará presente, por ejemplo, si el proceso subsiguiente requiere un examen del resultado del proceso penal previo y, en particular, si obliga al tribunal a analizar la sentencia penal; a adentrarse en una revisión o evaluación de la prueba del expediente penal; a valorar la participación del recurrente en alguno o todos los hechos principales de la acusación penal; o a comentar los indicios de la posible culpabilidad del recurrente".* Por el contrario, en el caso Martínez Agirre y otros contra España, DTEDH de 25 de junio de 2019, rechaza la existencia de esa vinculación entre la denegación de una compensación solicitada en aplicación de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, y las previas investigaciones policiales seguidas contra los fallecidos[359].

[359] Concretamente, los solicitantes que vieron denegadas sus solicitudes de resarcimiento al amparo de la mencionada Ley 29/2011, eran familiares de personas fallecidas respecto de las que existían informes policiales que señalaban su pertenencia a la banda terrorista ETA, así como documentos no oficiales publicados y declaraciones de acreditados miembros de la banda que indicaban la pertenencia de los fallecidos a la misma. El TEDH señala que *"la Audiencia Nacional estableció en su sentencia de 24 de junio de 2015 (recurso 79503/16) que el propósito de los procedimientos indemnizatorios había sido determinar si los recurrentes tenían derecho a una compensación de acuerdo con las disposiciones aplicables a las víctimas de terrorismo, las cuales establecen una excepción cuando las alegadas víctimas han sido miembros de una organización dedicada a la perpetración de crímenes violentos. Esa cuestión es*

La STEDH en el caso Šikić contra Croacia, de 15 de julio de 2010, analiza un supuesto de separación de un funcionario de policía a consecuencia de un proceso disciplinario seguido de forma paralela a su inculpación penal. El proceso penal había sido archivado porque el representante de la acusación pública estimó que las circunstancias del caso no eran mecedoras de una acusación penal. Sin embargo, señala la sentencia, *"no fue establecido que el recurrente no hubiera cometido los actos en cuestión. Ninguna valoración se efectúo al respecto. En estas circunstancias, los órganos responsables de la tramitación de los procesos de separación del recurrente fueron libres de efectuar su propia valoración sobre si el recurrente había actuado del modo en que era acusado.* [...] *El Tribunal considera que el órgano administrativo tenía competencia y capacidad para establecer de forma independiente los hechos del caso ante él. Al hacerlo, el Tribunal no considera que fuera hecha ninguna valoración que pusiera en cuestión el derecho del recurrente a la presunción de inocencia".*

De objeto análogo resulta la ya referida STEDH en el caso Nikolova y Vandova contra Bulgaria, de 17 de diciembre de 2013. Junto al comentado análisis de la cuestión del acceso al expediente judicial y publicidad del proceso, el caso también plantea la incidencia en la presunción de inocencia cuando un procedimiento disciplinario se sigue por los mismos hechos que un proceso penal previo o coetáneo. La sentencia comienza recordando que no corresponde al Tribunal, de acuerdo con el artículo 6.2, limitar a las autoridades que tienen atribuido debidamente el ejercicio de competencias disciplinarias su aplicación respecto a los funcionarios públicos a los que se siguen también actuaciones penales. Sin embargo, sí establece que *"si una decisión nacional relativa a sanciones disciplinarias contiene una afirmación imputando responsabilidad penal a la persona implicada, ello podría suponer una cuestión que incide en el*

expresamente diferenciada de la consideración de la responsabilidad criminal de los familiares de los recurrentes, la cual no fue objeto de análisis en los procedimientos de resarcimiento. El Tribunal admite que las reglas probatorias y la carga de la prueba ante los tribunales administrativos pueden diferir de las propias del ámbito penal".

ámbito del artículo 6.2 del Convenio". En relación con el caso en cuestión (oficial de policía separada del servicio mediante sanción disciplinaria por hechos castigados penalmente), señala el TEDH que la recurrente *"no fue separada por motivos disciplinarios porque ella hubiera cometido un delito, sino porque los actos, pese a que también contenían todos los elementos de un delito, constituían una mala praxis profesional. Los hechos fueron debidamente establecidos ante los tribunales administrativos, que no basaron su decisión en las pruebas efectuadas en el proceso penal, y la recurrente tuvo la ocasión de rebatir la certeza de esas alegaciones. Además, nada en las aseveraciones ni del lenguaje empleado por las decisiones de los tribunales administrativos parece cuestionar la inocencia de la primera recurrente ni implicar que era culpable de los delitos de los que estaba siendo acusada en el proceso penal. Además, el Tribunal Supremo Administrativo se refirió a esos procesos solo en respuesta a las manifestaciones de la primera recurrente, estableciendo que la autoridad administrativa no estaba obligada a esperar el resultado del proceso penal antes de imponer una sanción disciplinaria".*

Sin embargo, como señala el voto particular formulado por los magistrados González Rivas y Narváez Rodríguez a la STC 8/2017, de 19 de enero, transcribiendo lo indicado en los apartados 125 y 126 de la citada STEDH en el caso Allen contra Reino Unido: *"de este análisis de la jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 6.2 CEDH se desprende que no existe un solo punto de vista para valorar las circunstancias en las que esta disposición es vulnerada en el contexto de procesos posteriores a la terminación de un proceso penal. Tal y como muestra la jurisprudencia de este Tribunal, todo dependerá de la naturaleza y del contexto del proceso en el que fue adoptada la decisión impugnada* [...] *en todos los casos sin importar el punto de vista a aplicar, el lenguaje utilizado por el órgano decisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad de una decisión y su razonamiento con el artículo 6.2 CEDH* [...] *Sin embargo, cuando se*

centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante".

Lo anterior resulta de interés en relación, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 141 de la LOPM. El precepto, al establecer los modos en que pueden finalizar las diligencias previas seguidas por un Juzgado Togado Militar, dispone: *"Practicadas sin demora las diligencias señaladas en los párrafos anteriores, el Juez Togado, por auto, adoptará alguna de las siguientes medidas:* [...] *Segunda: Si estimare que el hecho es constitutivo de falta disciplinaria dictará auto de archivo y, firme éste, remitirá copia autenticada de todo lo actuado a la autoridad militar con potestad para ordenar la instrucción del oportuno expediente. El tiempo transcurrido desde el inicio de las diligencias previas hasta la firmeza de la resolución que pone fin a aquéllas archivándolas, no se computará para la prescripción de la falta".* Sin necesidad de incidir nuevamente en la dificultad del deslinde entre lo penal y lo disciplinario en el ámbito castrense, considero que el auto de archivo de esas diligencias previas no debe tratarse como si de una resolución absolutoria se tratara. Dada la naturaleza de las diligencias previas, resulta plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia que las mismas puedan finalizarse con una resolución judicial que, pese a establecer la finalización del proceso penal, puedan dar lugar a la prosecución en la investigación de los hechos bajo el prisma de la responsabilidad disciplinaria. No obstante, la redacción del precepto pudiera haberse establecido de forma más respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, pues el auto de juez togado no puede estimar *"que el hecho es constitutivo de falta disciplinaria".* Ni es competencia del juez togado esa declaración, ni el mismo ha llevado a cabo un proceso válido para desvirtuar la presunción de inocencia. Ese auto lo que puede establecer, a la vista de las actuaciones practicadas, es la falta apriorística de relevancia penal de lo investigado, sin que en modo alguno pueda establecer

hechos probados, pues no ha existido sometimiento a los principios de inmediación y contradicción propios del acto de la vista oral[360].

El TEDH analiza de forma análoga aquellos supuestos en que se llevan a cabo la adopción de determinadas decisiones administrativas que aparecen legalmente vinculadas al desenvolvimiento de un proceso penal o disciplinario, aun cuando no se trate de procesos sucesivos sino simultáneos. No se trataría de medidas cautelares adoptadas en el propio proceso penal o en el procedimiento administrativo sancionador, sino de resoluciones administrativas que se amparan en la existencia de tales procesos. Este tipo de resoluciones son contempladas habitualmente por las leyes que rigen el estatuto del personal militar con el fin de poder limitar los cometidos que legalmente les corresponden ante la trascendencia para su función que pueda inferirse de su inculpación. Se trata, indudablemente, de una cuestión compleja y que exige una ponderación caso por caso, pero, como ya se ha señalado más arriba al hablar de otras resoluciones que aparezcan vinculadas a la inculpación, debe tratar de desvincularse la decisión adoptada, de la culpabilidad del investigado, pues la misma no puede presumirse de modo anticipado. Los motivos de esas decisiones deben circunscribirse a aquellos que, conforme a la previsión legal, justifican su adopción y que habrán de ponderar debidamente los intereses en conflicto, pero no podrán sustentarse en la mera existencia de una acusación en contra del afectado, pues ello supondría una presunción acerca de su culpabilidad.

[360] Resulta rotunda la sentencia del Tribunal Militar Central 68/2020, de 10 de junio, cuando establece: *"carece de cualquier fuerza vinculante para la administración sancionadora y, por lo mismo, tampoco puede sustentar la imputación fáctica contra el expedientado, la reseña que de los hechos se contiene en el auto de 15 de junio de 2017, por el que se acordó el archivo de las diligencias previas número 41/07/17 (f. 93 al 96). Como explica la sentencia Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo número 861/19, de 13 de marzo de 2019 (FJ II) «A propósito del carácter incriminatorio del auto de archivo (…) los hechos que fueron objeto de aquellas diligencias previas, sólo se valoraron por el Juzgado Togado para descartar su relevancia penal, dejando a salvo lógicamente y en términos genéricos la repercusión disciplinaria que a los mismos correspondiera, según fórmula usual empleada en casos análogos. No medió, ni pudo producirse habida cuenta la naturaleza del procedimiento, declaración de hechos probados ni relato análogo que resultara vinculante para la Administración sancionadora ni para el Tribunal sentenciador»".*

La DTEDH en el caso O.L. contra Finlandia, de 5 de julio de 2005 aborda un caso que presenta una cierta analogía con lo que aquí trata de analizarse. Se trata de la retirada de la custodia de su hija a un padre investigado por abusos sexuales a la misma. El TEDH, tras recordar su doctrina acerca del ámbito de aplicación de la presunción de inocencia, analiza la vinculación existente entre el proceso penal y el referido a la custodia de la menor, señalando que *"las investigaciones criminales no fueron decisivas para la cuestión de la custodia ni hubo ninguna vinculación o dependencia entre ambos. En este caso particular, pese a que el fiscal no dirigió cargos contra el recurrente, la decisión de poner a A.* -la niña- *bajo custodia de los servicios sociales fue legal y fácticamente diferenciada".* Y lo que es más importante en el ámbito de derechos de los militares, *"el Tribunal se refiere a reiterada constatación de que, cuando los agentes públicos han sido acusados de cargos relativos a malos tratos, es importante que sean suspendidos de sus cometidos mientras estén siendo investigados o juzgados y deben ser separados si son condenados".*

6.2.8. Relación con el derecho al honor (artículo 8 del CEDH)

Otro aspecto que ha sido analizado por el TEDH y que puede resultar particularmente relevante en el ámbito de los derechos y deberes de los militares es la relación entre presunción de inocencia y el derecho al honor reconocido en el artículo 8 del CEDH. La importancia de este bien jurídico para los militares es reconocida ampliamente por la doctrina[361] y es objeto de particular protección en las leyes penales y disciplinarias castrenses.

Así, la STEDH en el caso Taliadorou y Stylianou contra Chipre, de 16 de octubre de 2008, se refiere a la separación disciplinaria impuesta a dos policías

[361] PITARCH, J. L. (1984) *El honor y el honor militar,* Barcelona: Grijalbo. CALDERÓN MADRIGAL, S. (2002) *Cuestiones sobre el honor: el honor militar y su reflejo en los textos histórico-jurídicos de Roma, edad media y antiguo régimen españoles*, Madrid: Ministerio de Defensa. ROBINSON, P. (2006) *Military Honour and the Conduct of War: from Ancient Greece to Iraq,* Abingdon: Routledge.

como consecuencia de su inculpación en un proceso penal por torturas que finalizó sin condena y que luego fue anulada por los tribunales. Señala el TEDH que *"como resultado de las circunstancias que rodearon su cese, han sufrido una severa humillación. Es aceptado que han sido cargados con la condición de "torturadores", lo cual afectaba al disfrute de su "vida privada" al prejuzgar efectivamente su integridad moral y reputación".* Estima la vulneración del artículo 8 por el hecho de que, tras admitirse por un tribunal nacional que la resolución administrativa impugnada (la que acordó la separación) generó al recurrente daños en su integridad psicológica y moral, el Tribunal Supremo no reconoció el derecho a una indemnización, prescindiendo de la prueba practicada por el tribunal de instancia y limitándose a indicar que el daño moral reclamado por los recurrentes no emanaba del acto administrativo anulado. En lo que aquí interesa, considero que lo relevante de la sentencia es que los procesos subsiguientes tras una finalización sin declaración de culpabilidad pueden ser analizados tanto desde la óptica de la presunción de inocencia, como desde la perspectiva del derecho al honor y a la protección que haya sido dispensada al mismo por las autoridades.

7. LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ARTÍCULO 6.3 DEL CEDH

7.1. La vinculación del concepto de "proceso equitativo" con las garantías del proceso del apartado 3 del artículo 6 del CEDH y su aplicación en los procesos no penales.

Resulta especialmente relevante a los efectos de este estudio la posición del TEDH acerca de la aplicabilidad de estas garantías a procesos no penales. En el apartado I de este capítulo III se analizó la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a distintos tipos de procesos. La cuestión a vislumbrar ahora es si, a pesar de la redacción del apartado 3 de ese mismo artículo -que parece circunscribir la

aplicación del mismo al proceso penal-, su vinculación con el concepto de "proceso equitativo" extiende la eficacia de tales garantías a otro tipo de procesos.

Ya la STEDH en el caso Bönisch contra Austria, de 6 de mayo de 1985, establecía que *"las garantías contenidas en el párrafo 3 (art. 6.3) son elementos constitutivos, junto a otros, del concepto de proceso equitativo establecido en el párrafo 1 (art. 6.1)* [...]. *En las circunstancias del presente caso, el Tribunal, si bien tiene debidamente en cuenta las garantías del apartado 3 (art. 6.3), incluidas las enunciadas en el apartado d) (art. 6.3.d), considera que debe examinar las alegaciones del demandante en virtud de la regla general del apartado 1 (art. 6.1)".* De esta forma considera el TEDH que los concretos derechos que aparecen establecidos en los distintos subapartados del párrafo 3 del artículo 6 son en realidad manifestaciones específicas del más genérico derecho a un proceso equitativo, proclamado en el párrafo 1.

En este orden de cosas, la más reciente STEDH (GS) en el caso Beuze contra Bélgica, de 9 de noviembre de 2018, establece que *"[e]n la evaluación de la equidad general de los procesos, el Tribunal tendrá en cuenta, si resulta apropiado, el mínimo de derechos establecidos en el artículo 6.3, el cual ejemplifica los requisitos de un proceso equitativo con respecto a típicas situaciones procesales que surgen en casos penales. Pueden ser considerados, por tanto, como aspectos específicos del concepto de un proceso justo del artículo 6.1 en los procedimientos penales".* Y continúa indicando que *"[e]stos mínimos derechos garantizados por el artículo 6.3 no son, no obstante, fines en sí mismos: su ánimo intrínseco es siempre contribuir a asegurar la equidad de los procesos penales en su conjunto".*[362]

[362] En sentido análogo cita las SSTEDH en los casos Salduz contra Turquía (GS), de 27 de noviembre de 2008; Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido (GS), de 15 de diciembre de 2011; Dvorski contra Croacia (GS), de 20 de octubre de 2015; Schatschaschwili contra Alemania (GS), de 15 de diciembre de 2015; Blokhin contra Rusia (GS), de 23 de marzo de 2016.

En el concreto ámbito de la esfera de derechos de los militares, resulta particularmente ilustrativa la ya analizada DTEDH en el caso R.S. contra Alemania, de 28 de marzo de 2017, referida al recurso de un soldado alemán frente a una sanción disciplinaria. El TEDH afirma -en lo que ahora interesa- que *"pese a que las previsiones del artículo 6.2 y 3 tienen cierta relevancia fuera del estricto ámbito del derecho penal, especialmente teniendo en cuenta que los procedimientos disciplinarios se incluyen en el ámbito civil del artículo 6.1,* [...] *los tribunales nacionales tienen "mayor laxitud" cuando tratan casos referidos a derechos civiles y obligaciones siendo las exigencias del artículo 6.1 menos onerosas en estos casos".* De ello cabe deducir que las garantías del artículo 6.3 no son aplicables *strictu sensu* al ámbito disciplinario militar y si cabe una extrapolación de las mismas a esa materia, por su consideración dentro del concepto de proceso equitativo, lo serán de un modo atemperado o con un menor rigor. No obstante, como ya se señaló en el apartado 1 de este capítulo, lo que el TEDH ha venido exigiendo en todo caso es la posibilidad de que esas potestades sancionadoras administrativas puedan ser sometidas al enjuiciamiento de un órgano con plena jurisdicción.

7.2. El derecho a ser informado de la acusación.

Las garantías del apartado 3 del artículo 6 se encabezan con el derecho a ser informado de la acusación, que el precepto establece debe llevarse a cabo *"en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente".* Según CIRO MILIONE[363], *"[s]e trata de una formulación que recoge un principio básico para el concreto desarrollo del "proceso equitativo", en el respeto de los postulados de igualdad y contradicción procesal que vienen exigidos por el Art. 6.1 CEDH".*

La STEDH en el caso Borisova contra Bulgaria, de 21 de diciembre de 2016, establecía que *"en materia penal la provisión de una completa y detallada*

[363] MILIONE, C. (2015: 167).

información al acusado sobre los cargos en su contra -y consecuentemente la calificación jurídica que el tribunal podría adoptar en el asunto- es un prerrequisito esencial para asegurar la equidad del proceso" (en sentido análogo, entre otras, las SSTEDH en los casos Pélissier y Sassi contra Francia [GS], de 25 de marzo de 1999; Mattoccia contra Italia, de 25 de julio de 2000; y Sadak y otros contra Turquía (nº 1), de 17 de julio de 2001).

La DTEDH en el caso Sutyagin contra Rusia, de 8 de julio de 2008, tras recordar la relevancia de este derecho y su vinculación con el concepto de proceso equitativo, establece que *"el derecho a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación debe ser considerado en relación con el derecho del acusado a preparar su defensa",* derecho este último que es reconocido en la letra b) del propio artículo 6.3.

Para CASADEVALL[364] este derecho suscita principalmente los problemas de *"la debida y suficiente notificación de los motivos de incriminación, el hecho de no facilitar la traducción en una lengua que comprenda la persona interesada y las recalificaciones de la acusación a lo largo del procedimiento".* Sin embargo -y sin dejar de atender a esos extremos-, considero más adecuada a los propósitos de este trabajo la exposición de este derecho seguida por CIRO MILIONE[365] en la que distingue cuatro puntos básicos: sujetos activos y pasivos; objeto de la información; formas o modalidades de la información; y tiempos de la información. Analizaremos tales aspectos desde la óptica de su incidencia específica en el ámbito castrense.

[364] CASADEVALL, J. (2012: 305).

[365] MILIONE, C. (2015: 170 y ss).

7.2.1. Sujetos de la información.

Siguiendo igualmente a CIRO MILIONE, hemos de referirnos a dos partes en el derecho a la información: de una parte, el sujeto que ha de recibir esa información y, de otra, el sujeto que debe facilitarla. Sin embargo, como afirma el propio autor, el desenvolvimiento de este derecho no resulta tan sencillo desde esta perspectiva, pues los contornos de uno y otro sujeto no aparecen claramente definidos y, especialmente en cuanto a quien ha de facilitar la información, el mismo puede ser cambiante.

En nuestro ámbito de estudio, el hecho de que el sujeto receptor de la información sea generalmente un militar no constituye una circunstancia con particular incidencia en las consideraciones acerca de la figura. Las principales cuestiones surgen en relación con otro de los elementos considerados para este análisis: el tiempo de la información. Es decir, surge la pregunta ¿desde qué momento surge ese derecho a ser informado? Trasladado al análisis de los sujetos de la información, si bien no existe atisbo de duda acerca de la necesidad de informar a quien resulta formalmente acusado de un delito, en los estadios anteriores a esa situación procesal pueden generarse controversias. En los casos en que se produce una detención, el artículo 5.2 del CEDH excluye esas dudas al establecer la necesidad de información al detenido sobre los motivos de esa medida.

Sobre el concepto de acusado, no admite duda la consideración como tal de quien ha sido notificado oficialmente de una imputación formulada por la autoridad competente. Sin embargo, el concepto, siguiendo a CASADEVALL[366], ha de reputarse *"ampliado a los actos de publicación de órdenes de búsqueda, investigaciones preliminares, registros, embargos preventivos y otros que puedan tener repercusiones importantes sobre la situación de la persona interesada […].*

[366] CASADEVALL, J. (2015: 271).

En cambio, no tiene la consideración de acusación penal en el sentido autónomo que ahora comentamos, en principio, el mero hecho de abrir diligencias previas u otras actuaciones en cuanto que no tengan un efecto directo sobre la persona interesada". Se amplia, por tanto, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, el concepto de acusado, al menos a los efectos de extender las garantías establecidas en el artículo 6.3. Como se señalaba más arriba, la conexión entre las garantías del artículo 6.3 y el concepto de proceso equitativo del artículo 6.1 obligan a prescindir de un concepto meramente formal de acusado y a acomodar la caracterización del mismo al propósito que las garantías reconocidas están llamadas a cumplir. De esta forma, más allá del reconocimiento que una determinada disposición normativa pueda establecer respecto de las garantías procesales y, en concreto, del derecho a ser informado, la interpretación de los operadores jurídicos debe estar presidida por esa atención al proceso equitativo, informando de los actos de investigación a cuantos puedan verse afectados por los mismos.

Esa misma interpretación extensiva habría de llevarse a cabo, a mi modo de ver, en el ámbito del derecho disciplinario militar. Aun cuando su categorización como "acusación penal" o como "litigio sobre derechos y obligaciones de carácter civil" no aparece claramente definida (vid. apartado 1.3 de este capítulo), el propósito que el derecho a ser informado persigue ha de entenderse igualmente predicable respecto a los procesos sancionadores militares, por lo que no podría hablarse de un efectivo derecho de defensa si no se garantiza adecuadamente el derecho a ser informado de la acusación.

En cuanto a la consideración de los llamados a facilitar esa información, dejando al margen -como hemos dicho- los supuestos de la detención, el CEDH no determina si esa obligación ha de recaer sobre un órgano judicial o de otra naturaleza, pues dependerá de la organización del sistema procesal de cada Estado miembro. Sin embargo, la STEDH en el caso Aleksandr Zaichenko contra

Rusia, de 18 de febrero de 2010, establece que *"[e]n opinión del Tribunal, este hecho también da credibilidad al argumento que sugiere que ya en ese momento las autoridades consideraban al recurrente sospechoso del robo.* [...] *El Tribunal considera que en las circunstancias del caso correspondía a la policía informar al recurrente de su protección frente a la autoincriminación y el derecho a permanecer en silencio".*

Resulta imaginable que en el ámbito castrense esa obligación pueda recaer sobre autoridades militares que, de una u otra forma, inician o excitan el proceso investigador. Claro ejemplo es el supuesto que prevé el artículo 116 de nuestra Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar[367]. El precepto posibilita al jefe de una Unidad militar independiente o de fuerzas destacadas que, ante la comisión de un posible delito, pueda designar a un oficial instructor de un atestado en el que se lleven a cabo las primeras diligencias de averiguación y caución, incluida la detención de sospechosos. Se trata de una previsión meramente precautoria como evidencia el hecho de que se prevea el cese de esas diligencias *tan pronto como comience a actuar el Juez Togado Militar*. En lo que ahora analizamos, cabe cuestionarse quién y de qué modo ha de informar a quienes puedan aparecer como presuntos culpables. Otro tanto sucede en el ámbito disciplinario cuando no se procede al inicio de un procedimiento propiamente (en cuyo caso se dispone la obligación de informar al presunto responsable[368]), sino de lo que se denomina una información previa (artículos 41 de la LORDFAS y 39 de la LORDGC[369]). La respuesta,

[367] Artículo 116

El atestado se limitará a las primeras diligencias de averiguación del delito y del culpable, detención de éste, si procede, aseguramiento del mismo, levantamiento de cadáveres con asistencia de facultativo, si es posible, solicitud de autopsia si procede, asistencia a la víctimas y recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito. Tan pronto como comience a actuar el Juez Togado Militar, cesarán las diligencias de prevención, entregándose el atestado a dicho Juez.

[368] Artículos 46 y 50 de la LORDFAS y 42 de la LORDGC.

[369] Artículo 41. Principios generales del procedimiento.

considero, puede encontrarse en lo dispuesto en el artículo 142 de la LOPM[370]. Es decir, cuando se lleven a cabo actuaciones primigenias encaminadas precisamente a determinar si ha de llevarse a cabo una verdadera investigación contradictoria, parece oportuno que el instructor al frente de las mismas -de condición judicial o no- no sólo asista de letrado a quienes pudieran presentar méritos para una futura inculpación, sino también que sean informados de los motivos de la investigación. No obstante, lo relevante en todos estos supuestos es la incidencia efectiva que esa falta de información suponga para el derecho de defensa del posterior investigado y, en consecuencia, el valor que deba otorgarse a las actuaciones practicadas al margen de esa previa información. Al respecto sería aconsejable que las leyes militares aportasen una mayor clarividencia en la determinación del cuándo, cómo y en qué forma llevar a cabo esa información, máxime si tenemos en cuenta que la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, sobre el derecho a la información en los procesos penales no excluye de su

---

[...]

3. Antes de iniciar un procedimiento, la autoridad competente podrá ordenar la práctica de una información previa para el esclarecimiento de los hechos, cuando no revistan en principio los caracteres de una infracción disciplinaria ni de delito.

Artículo 39. Inicio del procedimiento.

[...]

5. Con anterioridad al acuerdo de inicio, la Autoridad disciplinaria podrá ordenar la práctica de una información reservada para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de sus presuntos responsables y la procedencia de iniciar o no el procedimiento sancionador.

[370] Artículo 142.

En las diligencias previas a que se refiere el artículo anterior el Juez Togado instruirá de su derecho a la asistencia letrada a aquellas personas cuya declaración apareciere como necesaria para dictar la oportuna resolución, siempre y cuando estimare que de dicho testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación contra quien lo presta. En el caso de que los méritos para la inculpación resultaren de la propia declaración, se suspenderá ésta hasta que el declarante sea provisto de la asistencia letrada correspondiente.

aplicación los procesos militares, por lo que resulta plenamente aplicable en ese ámbito en los países de la UE, a excepción de Dinamarca[371].

7.2.2. Objeto de la información.

El elemento capital en la configuración de este derecho es su objeto, es decir el contenido de la información que ha de facilitarse a toda persona investigada. En este sentido, considero de especial significación la afirmación -ya mencionada- de que *"el derecho a ser informado de la naturaleza y motivo de la acusación debe ser considerado en relación con el derecho del acusado a preparar su defensa".* De esta manera el derecho a ser informado de la naturaleza y motivo de la acusación no es sino una manifestación específica del más genérico derecho a la defensa, por lo que ha de ser ese propósito el que determine el contenido de la información a facilitar, sirviendo como pauta interpretativa en los supuestos concretos que puedan suscitarse.

El TEDH, inicialmente, señaló que *"el artículo 6.3.a) del Convenio reconoce el derecho del acusado a ser informado no sólo de los motivos de la acusación, es decir los actos que se le atribuye que ha cometido y en los cuales se basa la acusación, sino también en la caracterización jurídica otorgada a esos actos. Esa información debe ser, como acertadamente señala la Comisión, detallada"* (STEDH en el caso Pelliser y Sassi contra Francia, de 25 de marzo de 1999).

Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH ha ido evolucionando para incluir también la necesidad de informar sobre los derechos procesales que se reconocen en cada Estado miembro a los acusados. Así, la STEDH (GS) en el caso Ibrahim y otros contra Reino Unido, de 13 de septiembre de 2016, señala que *"es inherente a la protección frente a la autoincriminación, el derecho a guardar*

[371] En nuestro ordenamiento jurídico la transposición de esa Directiva -junto con la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales- se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que modificó la LECr. y la LOPJ, obviando -como suele ser habitual- cualquier consideración de la legislación castrense.

silencio y el derecho a la asistencia letrada el que una persona "acusada criminalmente" a los efectos del artículo 6 tenga también el derecho a ser informado de tales derechos". Cabe destacar de esta sentencia, además, la referencia a la mencionada Directiva 2012/13/UE. Resulta de interés la interrelación que se establece entre esta Directiva y la jurisprudencia del TEDH, pues no solamente la segunda se refiere a la primera, sino que la propia norma europea indica en sus "considerando": *"Las disposiciones de la presente Directiva, que correspondan a los derechos garantizados por el CEDH, deben interpretarse y aplicarse de forma coherente con dichos derechos, con arreglo a su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".* La Directiva aporta una concreción del contenido de este derecho al señalar que sus titulares deben ser informados *"sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas"* (artículo 1). Además, el artículo 3 enumera los derechos procesales sobre los que ha de informarse y el artículo 6 dispone que la información sobre la acusación *"se facilitará con prontitud y con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa".* Como ha venido destacándose, esa vinculación del derecho a ser informado con la equidad del proceso -igualdad de armas- y el derecho de defensa, resulta primordial para su adecuada interpretación.

La Directiva también incluye dentro de este derecho a ser informado el derecho de acceso al material del proceso, regulándolo en su artículo 7. La norma pone especial énfasis en la necesidad de que ese acceso se facilite con la antelación suficiente para preparar la defensa, denotando nuevamente la consideración de todos estos derechos como manifestaciones concretas del derecho de defensa. Sin embargo, tal y como se expuso en el capítulo II, la jurisprudencia del TEDH ha considerado que este derecho de acceso a la documentación del proceso forma parte del derecho a un proceso equitativo del

párrafo 1[372], lo que dota al mismo de un ámbito de aplicación más amplio y posibilita su extensión más allá del ámbito penal.

Retomando la jurisprudencia del TEDH, una mayor concreción del contenido de la información a facilitar al acusado puede inferirse de la DTEDH en el caso Trepashkin contra Rusia (nº. 2), de 22 de enero de 2009, cuando expresa que *"un acusado tiene el derecho a conocer «los hechos materiales… en los que está basada la acusación» […]. Si un hecho particular es o no pertinente para el objeto de la acusación debe decidirse en cada caso con la debida consideración de la naturaleza de la acusación, la definición del delito en el derecho interno y otros factores".* Y en relación con el caso concreto, concluye: *"el tribunal no ve cómo las supuestas lagunas fácticas de la acusación impidieron al demandante defenderse de los cargos en su contra, tal como fueron formulados por la fiscalía",* lo que le lleva a no apreciar la existencia de la vulneración del artículo 6 que era invocada.

7.2.3. Formas o modalidades de la información.

Como señala CIRO MILIONE[373], dos son los requisitos que el artículo 6.3 impone en cuanto al modo de facilitar la información: *"en una lengua que comprenda y detalladamente*". Pues, destacan ESPARZA LEIBAR y ETXEBARRIA

[372] Encontramos diversas consideraciones en la jurisprudencia del TEDH acerca de ese derecho de acceso al expediente procesal. Así, por ejemplo, la STEDH en el caso Beraru contra Rumania de 18 de marzo de 2014, señala que *"[l]a quiebra en el otorgamiento de ese acceso tiene relevancia, en opinión del Tribunal, en el hecho de que el principio de igualdad de armas ha sido quebrantado (ver Matyjek contra Polonia, nº 38184/03, §§ 59 y 63, ECHR 2007-V, y Luboch contra Polonia, nº 37469/05, §§ 64 y 68, 15 de enero de 2008).* En la STEDH en el caso Moiseyev contra Rusia, de 9 de octubre de 2008, tras referirse a lo expuesto en los casos Matyjek y Luboch contra Polonia, afirma que las limitaciones en el acceso al expediente judicial *"sirvieron para agravar las dificultades encontradas en la preparación de su defensa".* De esta forma el TEDH pone de manifiesto su apreciación de las garantías del proceso del artículo 6.3 como manifestaciones particulares del derecho a un proceso equitativo reconocido en el artículo 6.1 y, en lo que se refiere al derecho de acceso al expediente judicial –y, en su caso, al expediente administrativo previo-, entiende que puede ser valorado desde el derecho a los medios para la preparación adecuada de la defensa en el proceso penal (artículo 6.3.b) o, de forma más amplia, dentro del principio de igualdad de armas que integra el concepto de proceso equitativo.

[373] MILIONE, C. (2015: 173).

GURIDI[374], *"[l]o que el precepto analizado no hace, y así lo destaca el TEDH, es imponer a los ordenamientos nacionales una forma determinada de, en cuanto a la manera de informar al acusado sobre la existencia y el contenido de la acusación que se ha formulado contra él".*

Ya se ha analizado la cuestión del detalle de la información a facilitar. En lo atinente al idioma en el que ha de llevarse a cabo esa información, existe una evidente correlación entre los subapartados a) y e) del artículo 6.3, estableciendo este último el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete durante la vista en caso de no comprender o no hablar la lengua empleada. A ese derecho nos referiremos más adelante.

7.2.4. Tiempos de la información.

En el apartado 1.5 de este capítulo se abordó la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6 en las distintas fases del procedimiento, analizando lo relativo a la naturaleza -jurisdiccional o no- del órgano llamado a asumir cada una de ellas y remitiendo a un momento posterior la consideración de cuándo podían estimarse exigibles las garantías que el precepto establece. Sin perjuicio del derecho a la información que al detenido reconoce el artículo 5.2, ya hemos señalado que no sólo cabe establecer como punto de inicio de este derecho el dictado de un acto expreso de acusación, sino que existen otro tipo de actuaciones procesales que, en cuanto que denotan una postura contraria a los intereses de una persona, han de accionar el derecho de esta a ser informado al respecto, tales como medidas cautelares, investigaciones preliminares, registros e inspecciones, etc. y todos aquellos de los que quepa inferir un ánimo de averiguación frente a una persona determinada.

[374] ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015: 284).

Sin embargo, los motivos de toda incriminación, como objeto mismo del proceso penal, se presentan como un elemento que evoluciona a lo largo del mismo. Las normas procesales establecen hitos en ese proceso de determinación de la incriminación y la debida notificación de esas progresivas concreciones es un elemento esencial para que el acusado pueda llevar a cabo una adecuada defensa frente a los mismos, dada la ya comentada relación de este derecho con el derecho a la defensa.

Por ello, el TEDH ha analizado las recalificaciones de la acusación a lo largo del procedimiento y su incidencia en los derechos a ser informado y a la defensa. La STEDH en el caso De Salvador Torres contra España, de 24 de octubre de 1996, abordó el supuesto en que el Tribunal Supremo aumentó la condena impuesta por el tribunal de instancia al apreciar una circunstancia agravante no establecida en la primera sentencia. Concretamente consideró como agravante genérica el haberse prevalido de la condición pública para la apropiación indebida por la que se había dictado la condena –en lugar de la apropiación de caudales públicos de la que acusaban tanto fiscalía como Abogacía del Estado-. El TEDH no estima que se vulnerase el derecho a ser informado de la acusación ya que *"la naturaleza pública de la posición del recurrente era un elemento intrínseco en la original acusación de apropiación de caudales públicos y por tanto conocida por el recurrente desde los inicios del proceso".*

En este orden de cosas, la STEDH en el caso Sadak y otros contra Turquía (nº 1), de 17 de julio de 2001

, analiza el supuesto de un miembro del PKK que es acusado de traición contra la integridad del estado y condenado por pertenencia a una organización armada establecida con el propósito de destruir la integridad del estado. En primer lugar, el TEDH señala que *"[p]ese a que los vínculos de los recurrentes con miembros del PKK fueron mencionados por la fiscalía, el Tribunal señala que a lo largo de la investigación esos vínculos fueron examinados solo con el propósito de*

establecer los elementos constitutivos del delito por el que inicialmente fueron acusados por la fiscalía –el de traición contra la integridad del estado-*".* La interpretación del Tribunal de Seguridad Nacional que dictó la sentencia era que el delito de traición contra la integridad del estado, del artículo 125 del Código Penal, definía el delito atendiendo a los fines perseguidos, mientras que el delito de pertenencia a organización armada con fines de destrucción de la integridad del estado, del artículo 168.2, lo hacía atendiendo a los medios empleados[375]. El TEDH rechaza la idea de que se trate de distintas gradaciones de un mismo delito al existir una clara diferencia entre los elementos constitutivos materiales y mentales de ambos, ni que la pertenencia a una organización armada ilegal constituya un elemento intrínseco del delito del que los recurrentes fueron inicialmente acusados. Para el TEDH, mientras el debate respecto del primer delito se centraba en determinar si existía una verdadera amenaza a la integridad del estado, en el segundo giraba en torno a la posición de los acusados en la estructura jerárquica del PKK, el no sometimiento a sus reglas disciplinarias y la falta de consciencia de pertenencia a esa organización. El foco de esta cuestión se establece al afirmar que *"en el uso de la facultad que incuestionablemente tiene de recalificar los hechos sobre los que ejerce su jurisdicción, el Tribunal de Seguridad Nacional de Ankara debía haber permitido a los recurrentes la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa de un modo práctico y efectivo, particularmente dándoles el tiempo necesario para hacerlo. El archivo del caso muestra que el Tribunal de Seguridad Nacional, el cual pudo, por ejemplo, haber decidido posponer la vista una vez que los hechos habían sido recalificados, no dio a los recurrentes la oportunidad de preparar sus defensas frente a la nueva*

[375] Señala la sentencia: *"[l]os dos delitos fueron considerados diferentes tanto en sus aspectos materiales como mentales. La traición a la integridad del Estado sólo podía perpetrarse mediante la comisión de actos lo suficientemente graves como para representar una amenaza real para la supervivencia del Estado. Por otra parte, el elemento material del delito castigado en el artículo 168, apartado 2, del Código Penal radicaba en pertenecer a una organización armada que ya se consideraba que actuaba con fines contrarios al artículo 125 y que tenía su propio sistema de normas disciplinarias y una estructura jerárquica. No era necesario, en el marco de este delito, que los propios demandados hubieran cometido actos que puedan representar una amenaza real para la supervivencia del Estado. Además, el delito requería un elemento mental específico, a saber, la conciencia de pertenecer a una organización ilegal".*

acusación, de la cual no habían sido informados hasta el último día del juicio, justo antes de que la sentencia fuera deliberada, lo cual es obviamente tarde". Es por ello que el TEDH aprecia la conculcación de los apartados a) y b) del artículo 6.3.

Sin profundizar en la cuestión, ha de señalarse que en nuestro ordenamiento jurídico esta facultad de recalificación de los hechos una vez que los mismos han quedado definidos en los escritos de calificaciones provisionales de las partes con los que se inicia la práctica del juicio oral, puede darse en dos formas. Como señala la STS (Sala II) 582/2018, de 22 de noviembre, *"la STS. 295/2012 de 25 de marzo, recuerda que el Tribunal Constitucional (STC 33/2003, de 13 de febrero), ha señalado que las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que supongan una calificación distinta o más grave no lesionan el derecho a no ser condenado sin acusación (principio acusatorio), pues si el órgano judicial se ciñe a la acusación formulada en la calificación definitiva, se ha respetado tal principio.*

[..]

en la STS de 5 de diciembre de 2005 puede leerse: "... carece de todo fundamento legal y doctrinal la alegación de que la modificación de las conclusiones acusatorias efectuadas en el acto del Juicio Oral, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 793.6 L.E.Crim. -actual 788.4-, y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso".

Ciertamente la LOPM guarda silencio sobre estos dos supuestos. No contempla el denominado planteamiento de la tesis que prevé el artículo 733

LECr., pues no parece que lo dispuesto en el artículo 317 LOPM[376] pueda interpretarse con tal extensión, sin perjuicio de acudir al precepto de la ley rituaria común por la vía de la supletoriedad prevista en disposición adicional primera LOPM[377]. Y tampoco establece un supuesto tan específico como el contemplado en el artículo 788.4 LECr. para el procedimiento abreviado. Sin embargo, esa omisión legislativa no ha de suponer un obstáculo para, cumplimentando la interpretación seguida por el TEDH, acordar la suspensión de la vista oral por el tiempo necesario para garantizar una efectiva defensa frente al cambio de calificación operado. La consideración de las conclusiones provisionales en nuestro ordenamiento y de su posible modificación en trámite de conclusiones definitivas, unida a la necesaria observancia del derecho de defensa respecto a esa transformación, conduce de forma indefectible a una interpretación favorable a la contemplación de esa suspensión en la medida que exija la salvaguarda del referido derecho.

[376] Artículo 317.

Después de estos informes, sólo será permitido al Fiscal Jurídico Militar y a las partes la rectificación de hechos y conceptos.

El Tribunal podrá requerir o solicitar del Fiscal Jurídico Militar y de las demás partes un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados.

Si el Fiscal o cualquiera de las demás partes indicaren que no están suficientemente preparados para debatir y contestar las cuestiones propuestas por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el día siguiente.

[377] Disposición Adicional Primera.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus disposiciones complementarias, serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente Ley.

7.3. Disposición del tiempo y facilidades necesarias para la preparación de la defensa.

El apartado b) del artículo 6.3, de forma concisa, reconoce el derecho de todo acusado a *"disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa".* Esa breve expresión despliega, sin embargo, un amplio conjunto de garantías para las personas sometidas a un proceso penal.

Para CASADEVALL[378], este derecho *"se puede analizar en conjunción con los derechos de información y de asistencia letrada. Estas facilidades necesarias fueron definidas por la antigua Comisión como la posibilidad para la persona acusada de poder tener un conocimiento exhaustivo del resultado de todas las investigaciones llevadas a cabo a lo largo del procedimiento".*

Ya se analizó, al referirnos al acceso al proceso (apartado 5 del capítulo II), la incidencia del acceso a la documentación que conforma o da origen a un proceso judicial. En el ámbito penal al que se refiere este apartado b) del artículo 6.3 considero que una de las facilidades elementales que ha de inferirse del derecho a la defensa es ese derecho de acceso, en íntima relación con el derecho a la información que acaba de analizarse. Además, ese acceso, al igual que la información sobre la que versa y que ha de constituir el acervo probatorio sobre el que se basará una posible inculpación, ha de estar en permanente revisión y ser progresivo a lo largo de la investigación y, fundamentalmente, en el momento de celebración de la vista oral. Asimismo, guarda una estrecha relación con el principio contradictorio y el derecho a la igualdad de armas entre las partes del proceso –que también ha sido analizado como elemento de un proceso equitativo-, pues las facilidades a las que hace referencia el artículo 6.3.b) no pueden ser distintas para alguna de las partes salvo que exista un fundamento en la diferenciación. Cabría, por tanto, reiterar aquí lo dicho en los apartados

[378] CASADEVALL, J. (2012: 307).

referidos a esos otros elementos, cuya valoración habrá de ponerse en relación con el derecho reconocido en el artículo 6.3.b) cuando se trate de procesos penales (en particular, cabe remitirse a lo argumentado en la STEDH [GS] caso Öcalan contra Turquía, de 12 de mayo de 2005, aps. 138 a 147).

7.4. El derecho a defenderse uno mismo o a designar abogado y a la asistencia letrada gratuita.

Como venimos señalando, el TEDH tiene declarado que el artículo 6.3 supone una concreción de las garantías que derivan de la proclamación del derecho a un juicio justo contenida en el apartado 1 del mismo precepto. Ya vimos, en el capítulo relativo al derecho de acceso al proceso, como el TEDH viene considerando la asistencia letrada como manifestación de ese derecho de acceso en algunas circunstancias y, por ende, aplicable a todo tipo de procedimientos judiciales. La *ratio essendi*, sin embargo, del derecho a la asistencia letrada reconocido en el proceso penal se muestra íntimamente conectado con el derecho a la defensa y a la igualdad de armas entre las partes en un proceso acusatorio, elementos esenciales del proceso justo en ese ámbito. CIRO MILIONE recoge esa doble justificación[379], indicando respecto de la igualdad de armas que *"la intervención del ministerio fiscal en calidad de representante de la acusación pública, hace necesaria la presencia de un técnico del Derecho para la defensa del acusado, con el fin de que el proceso se desarrolle en régimen de igualdad".* Ello llevaría a plantearse si no resultaría igualmente exigible esa asistencia letrada en aquellos procedimientos administrativos sancionadores en los que el instructor es un técnico en Derecho, en particular –en lo que aquí interesa- en el ámbito disciplinario castrense.

La STEDH (GS) en el caso Beuze contra Bélgica, de 9 de noviembre de 2018, expone muchos de los elementos clave de este derecho. Así, hace referencia, al

[379] MILIONE, C. (2015: 174).

momento inicial de reconocimiento del mismo al establecer que *"cuando una persona es detenida, el punto inicial del derecho a la asistencia letrada no admite duda. El derecho resulta aplicable tan pronto como existe una "acusación penal" con el significado dado a este concepto por la jurisprudencia del Tribunal [...] y, en particular, desde el momento del arresto del investigado, con independencia de si esa persona es interrogada o participa o no en otras labores investigadoras durante ese periodo".*

7.4.1. Momento inicial del derecho y contenido del mismo

La STEDH (GS) en el caso Öcalan contra Turquía, de 12 de mayo de 2005 contiene un aserto esclarecedor (que reproduce la dictada en el mismo caso por la Sala el 12 de marzo de 2003): *"[e]l artículo 6 requerirá normalmente que el acusado pueda beneficiarse de la asistencia de un letrado desde el momento inicial de los interrogatorios policiales. Sin embargo, este derecho, que no se encuentra reconocido explícitamente en el Convenio, estará sujeto a restricciones por causas justificadas. La cuestión, en cada caso, es si la restricción, a la vista del proceso en su conjunto, ha privado al acusado de un proceso justo".* En el caso en cuestión el condenado había sido interrogado por las fuerzas de seguridad durante su detención de siete días, sin asistencia letrada, efectuando diversas confesiones auto incriminatorias que posteriormente tuvieron una relevancia crucial en su inculpación. Por tanto, considero que, sin perjuicio de observar el concepto amplio de acusado al que se ha hecho mención al hablar del derecho a ser informado del apartado 3.a), la asistencia letrada debe dispensarse a partir del momento en que se pueda ver afectada la equidad del proceso, bien por quebrarse el principio de igualdad de armas entre las partes (piénsese en la defensa de un detenido lego en derecho frente a un fiscal, por ejemplo), bien por verse afectada cualquier otra de las garantías del proceso, se evidencia la necesidad de esa defensa técnica. Así se infiere del objeto que la citada STEDH en el caso Beuze contra Bélgica otorga al derecho, haciendo mención de *"prevención*

de errores judiciales", "contrapeso de la vulnerabilidad del sospechoso detenido", "garantía fundamental contra la coerción y la tortura de sospechosos por la policía" o *"el respecto al derecho del acusado a no auto incriminarse".* No obstante, se trata de una valoración que necesariamente habrá de ser casuística, como veremos posteriormente al referirnos a concretos supuestos que pueden plantearse en el ámbito castrense.

Sin embargo, la propia STEDH del caso Beuze reitera lo expuesto en la recaída en el caso Öcalan respecto a que *"la asignación de un letrado no asegura por sí misma la efectividad de la asistencia que pueda ofrecer a un acusado".* Por ello, la jurisprudencia del TEDH ha dispuesto la exigencia de ciertos requisitos en la misma.

En primer lugar, debe permitirse el contacto entre el acusado y su letrado, contacto que debe posibilitarse de forma confidencial. El TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente como *"uno de los elementos clave en la representación eficaz de un abogado de los intereses de un cliente"* (STEDH en el caso Apostu contra Rumanía, de 3 de febrero de 2015). Esta manifestación del derecho a la asistencia letrada es analizada en la citada STEDH (GS) del caso Öcalan contra Turquía, exponiendo que *"el derecho de un acusado a comunicar con su representante legal sin escuchas de una tercera persona es parte de los requisitos básicos de un juicio equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3.c) del Convenio. Si a un abogado no le fuera permitido consultar con su cliente y recibir instrucciones confidenciales de él sin esa vigilancia, su asistencia perdería mucha de su utilidad".* Admite, no obstante, la posibilidad de que sean establecidos límites cuando existan razones que lo justifiquen y siempre apelando a una valoración de la equidad del proceso en su conjunto. Sin embargo, en el caso concreto del Sr. Öcalan entiende el TEDH que sus derechos de defensa fueron significativamente afectados y rechaza la alegación del

gobierno turco relativa a que las medidas fueron adoptadas para garantizar la seguridad del investigado, pues tratándose de abogados libremente elegidos por el mismo, que eran sometidos a una previa inspección antes de las entrevistas, además podían haberse implementado otras medidas menos restrictivas, como la simple vigilancia visual.

También la STEDH en el caso Trepashkin contra Rusia (nº 2), de 16 de diciembre de 2010, se refiere a la confidencialidad entre abogado y cliente como *"uno de los elementos clave en la efectiva representación por un abogado de los intereses de su cliente".* Pone en relación este derecho a la confidencialidad entre abogado y cliente con lo dispuesto en el artículo 5.4 y diversas sentencias que estimaron una vulneración del mismo (SSTEDH en los casos Castravet contra Moldavia, de 13 de marzo de 2007; e Istratii y otros contra Moldavia, de 27 de marzo de 2007) debido a la imposibilidad de los abogados defensores de intercambiar documentos con sus clientes y a los impedimentos derivados de la separación mediante cristales en los puntos de reunión facilitados. Sin embargo, en el caso en cuestión, acoge la prueba aportada por el gobierno ruso relativa a las condiciones de las salas de reunión para internos y abogados, las posibilidades de acceso al expediente y la disposición de las pruebas por parte del letrado, concluyendo que el recurrente tuvo la posibilidad de estudiar su caso, prepararlo y discutirlo con su letrado en privado, desestimando la violación del artículo 6.3 b) y c).

También se ha pronunciado el TEDH acerca de la presencialidad del letrado para prestar la asistencia que le corresponde. Señala la STEDH caso Beuze que *"[e]sa presencia física debe permitir al letrado prestar una asistencia efectiva y practica y no meramente abstracta [...] en particular para asegurar que los derechos de defensa del interrogado no son perjudicados".* Al respecto, considera el TEDH que puede quebrar la equidad del proceso en los casos de *"denegación o dificultades encontradas por un letrado en el acceso al expediente"* o en *"la no*

participación del letrado en medidas de investigación tales como ruedas de reconocimiento […] o reconstrucción de hechos".

7.4.2. Medidas restrictivas del derecho

La bien consolidada jurisprudencia del TEDH en esta materia se inclina por la necesidad de analizar las medidas limitativas del derecho de acceso a la asistencia letrada, en primer lugar, partiendo de la ponderación de las razones justificativas de esa restricción y, en segundo, valorando la incidencia que la limitación tiene en la equidad del proceso como un todo. En ese proceso valorativo resulta necesario referirse ahora al concepto de razones justificativas establecido por el TEDH. La STEDH en el caso Beuze señala que tales razones: *"deben ser de naturaleza temporal y deben estar basadas en una valoración individual de las particulares circunstancias del caso […]. La constatación de razones justificativas no puede derivarse de la mera existencia de una legislación que impida la presencia de un letrado. El hecho de que exista un mandato general que restringa el derecho de acceso a un letrado, que tenga una base legal, no elimina la necesidad de que las autoridades nacionales comprueben, mediante la evaluación individual y específica de los casos, si existen razones justificativas".* Y continúa: *"cuando un Gobierno demandado ha demostrado convincentemente la existencia de una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física en un caso determinado, esto puede equivaler a una razón imperiosa para restringir el acceso al asesoramiento jurídico a los efectos del artículo 6 del Convenio".*

En este orden de cosas, el artículo 3 de la Directiva 2013/48/UE[380], en sus apartados 5 y 6[381], establece los supuestos excepcionales en los que puede

[380] Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

prescindirse de la asistencia letrada al detenido o inculpado, únicamente en la fase de instrucción. En relación con la persona detenida, se refiere al caso de que la lejanía geográfica imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado, y con carácter general, a la necesidad urgente de actuaciones que eviten graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o que puedan comprometer de modo grave el proceso penal. Más tarde, cuando nos refiramos a la elección de letrado, analizaremos como pueden incidir estas previsiones en la esfera de derechos de los militares.

7.4.3. El nivel de calidad exigible a la asistencia

Otro elemento de primera significación en este derecho a la asistencia letrada es el de la intensidad o calidad exigida a la misma. La STEDH en el caso Daud contra Portugal, de 21 de abril de 1998, parte de la premisa asentada en la propia jurisprudencia del Tribunal de que el Convenio *"no garantiza derechos teóricos o ilusorios, sino derechos que son prácticos y efectivos"* y que la mera asignación de un letrado no asegura por sí misma la efectividad de la asistencia que requiere un acusado. Si bien la relación abogado-cliente es, en principio, ajena a la intervención del Estado, *"la autoridad nacional competente esta llamada a intervenir de acuerdo con el artículo 6.3.c) únicamente si una deficiencia en la asistencia jurídica requerida para satisfacer una efectiva*

---

381 *"En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente lo dispuesto en el apartado 2, letra c), en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad.*

6. En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos previstos en el apartado 3 en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes:

a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona;

b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal".

representación es manifiesta o llama suficientemente su atención de otra forma". En el caso en cuestión, el recuente fue acusado de un delito de tráfico de drogas y le fue asignado un abogado de oficio. Durante la investigación él mismo solicitó la práctica de algunas actuaciones de investigación, siéndole rechazadas por ser redactadas en español y por defectos formales. Posteriormente interesó del órgano judicial la presencia de su abogado de oficio, pues después de ocho meses de su designación aún no se había puesto en contacto, solicitud que también fue rechazada por su redacción en español. Tras la renuncia por enfermedad del letrado inicialmente designado, el tribunal, tres días antes del comienzo de la vista oral, nombró otro, resultando condenado a nueve años de prisión. El recurso dirigido al Tribunal Supremo por este segundo abogado fue declarado inadmisible por vicios de presentación y defecto de invocación de las disposiciones legales. El TEDH se cuestiona si las autoridades nacionales estaban capacitadas para, respetando la independencia del colegio de letrados, actuar para asegurar una efectiva asistencia letrada al acusado tal y como la propia legislación interna tiene reconocida. La sentencia establece que *"el tribunal debería haber indagado en el modo en el que el abogado estaba cumplimentando su obligación y la posibilidad de remplazarle más pronto, sin esperar a declarar que no podía actuar para Mr. Daud. Además, después del nombramiento de sustitución, el Tribunal Penal de Lisboa, que debió haber conocido que el recurrente no había tenido una adecuada asistencia jurídica hasta entonces, pudo haber aplazado el juicio a su propia consideración. [...] Las circunstancias del caso exigían que el tribunal no hubiera permanecido pasivo".* Tales aseveraciones resultan de especial significación pues parecen conferir a los órganos judiciales una facultad de control sobre el modo en el que se está ejercitando la asistencia jurídica al acusado. Esa consideración puede tener relevancia en el ámbito de las jurisdicciones militares en los supuestos específicos a los que luego se hará mención.

En esa misma línea se muestra el artículo 7 de la Directiva 2016/2019/UE[382] cuando impone a los Estados miembros de la UE que adopten las medidas necesarias para asegurar que se la asistencia jurídica gratuita que han de prestarse es de una calidad adecuada para garantizar la equidad de los procesos y para ello deben promover la formación adecuada de los letrados que presten la misma.

7.4.4. Formas de la asistencia letrada

Respecto a las formas en que el derecho a la asistencia letrada puede verificarse, siguiendo a CASADEVALL[383], *"podemos distinguir los supuestos siguientes: el derecho a ejercer la propia defensa, a tener acceso a un abogado de libre elección, a obtener la designación de un abogado de oficio y gratuito si la persona justiciable no dispone de medios económicos suficientes «cuando los intereses de la justicia lo exijan» (según los términos del texto) y a poder mantener las comunicaciones entre el inculpado y su abogado".* Cada una de estas manifestaciones del derecho presenta, como veremos, sus propias problemáticas en relación con los militares.

a) Derecho a defenderse a sí mismo.

Esta forma de ejercicio del derecho ha sido objeto de un detallado análisis por la jurisprudencia del TEDH. Ya la STEDH en el caso Croissant contra Alemania, de 25 de septiembre de 1992, señalaba al respecto que *"[l]a exigencia de que un demandado sea asistido de letrado en todas las instancias de los procesos ante el Tribunal Regional […] –la cual encuentra paralelismos en la legislación de otros Estados parte- no puede, en opinión del Tribunal, ser considerada incompatible*

[382]Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

[383] CASADEVALL, J. (2012: 308).

con el Convenio". La STEDH (GS) en el caso Correia de Matos contra Portugal[384], de 4 de abril de 2018 ahonda en el estudio de esta manifestación del derecho de defensa. Parte de la capacidad de los ciudadanos para optar por el modo en que quieren ejercitar su defensa, e incluso la capacidad de renunciar a ciertas prerrogativas de ese derecho de defensa, pero siempre que ello responda a una justificación y, especialmente, no se desvirtúe la equidad del proceso valorada como un todo. En ese orden de cosas, *"[e]l margen de apreciación de los Estados para autorizar la defensa por sí mismo del acusado no es ilimitado en este contexto y sus límites están vinculados a la protección del acusado y a los intereses públicos en juego".* Considera relevante atender a la legislación comparada en la materia para valorar las restricciones adoptadas por cada Estado[385], evidenciando la misma *"una tendencia a permitir la defensa personal del acusado sin la asistencia letrada de un modo individualizado". Tomando en consideración factores tales como el nivel de la jurisdicción de que se trate, la gravedad de la infracción y la capacidad del acusado de ejercer su propia defensa".* Según esta sentencia, criterios semejantes son aplicados en las legislaciones internas para valorar la procedencia de una asistencia jurídica gratuita. Al mismo tiempo, debe llevarse a cabo una interpretación armónica con

[384] El caso resulta llamativo y tuvo amplia resonancia. Al Sr. Correia de Matos -abogado de profesión, pero sancionado para el ejercicio de la misma- le fue iniciado un procedimiento penal por insultos a un órgano judicial portugués. Al estar suspendido en su condición de letrado le fue designado un letrado para su defensa, pese a interesar defenderse por sí mismo. La DTEDH de 15 de noviembre de 2001 consideró inadmisible la queja formulada por el Sr. Correia de Matos. Sin embargo, en base a los mismos hechos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU adoptaría una Decisión respecto de la comunicación nº 1123/2002, de 28 de marzo de 2006, en la que consideraba vulnerado el derecho del Sr. Correia de Matos a defenderse a sí mismo al amparo del artículo 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, posición que sería reiterada en el Comentario General nº 32, titulado "El artículo 14 del PIDCP: derecho a la igualdad ante los jueces y tribunales y al proceso equitativo", adoptado en su 90º periodo de sesiones (9 al 27 de julio de 2007). En dicho Comentario se estimaba que cualquier restricción de la voluntad del acusado de defenderse por sí mismo debía tener un propósito objetivo y suficientemente serio y no podía ir más allá de lo necesario para salvaguardar los intereses de la justicia.

[385] Según la sentencia (aps. 81 a 84) de los 35 Estados miembros del Consejo de Europa analizados (excluido Portugal), sólo 4 (Italia, Noruega, San Marino y España) prohíben, como regla general, la defensa del acusado por sí mismo. Si bien, luego aclara que, tanto España como Italia sí permiten esa auto defensa en infracciones menores (los delitos leves en el caso español) y muchos países -entre ellos España- establecen reglas particulares cuando se trata de la auto defensa de personas con formación jurídica.

otros instrumentos de Derecho Internacional, en particular el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos adoptado por Naciones Unidas y con el derecho de la UE, aun cuando las interpretaciones pueden no ser del todo coincidentes. Tras evidenciar las diferencias en las regulaciones de esta materia por los distintos Estados miembros, determina que el examen de la imposición de asistencia legal en procesos penales debe regirse por los siguientes principios: *"a) El artículo 6.1 y 3.c) no otorgan necesariamente al acusado el derecho a decidir por sí mismo en qué modo debe ser garantizada su defensa; b) la decisión sobre cómo debe ser elegido alguno de los dos modos alternativos de defensa previstos en ese precepto, es decir el derecho del afectado a defenderse a sí mismo o ser representado por un letrado de su elección, o en ciertas circunstancias uno de oficio, depende, en principio, de la legislación interna aplicable o de las reglas del tribunal; c) Los Estados miembros gozan de un margen de apreciación en relación a esta elección, sin embargo no es ilimitado. Atendido a estos principios, el Tribunal ha de examinar, primero, si han sido establecidos argumentos relevantes y suficientes para la elección legislativa aplicada en el caso en cuestión. Segundo, incluso si existen argumentos relevantes y suficientes, es aún necesario examinar, en el contexto de una valoración general de la equidad del proceso, si los tribunales nacionales, en la aplicación de la regla cuestionada, también aportaron argumentos relevantes y suficientes para su decisión. Por último, será relevante valorar si le fue permitido al acusado en la práctica participar efectivamente en su juicio".* A mi modo de ver esta manifestación del derecho a la asistencia letrada debe ponerse en relación con lo expuesto respecto a la calidad o adecuación de esa asistencia. Conjugando ambos elementos puede concluirse que la auto defensa del acusado podrá ser rechazada por el órgano judicial cuando, atendidas las circunstancias del caso –a saber: complejidad y gravedad de la infracción, fase procesal, circunstancias del tiempo y el lugar de la investigación, etc.- resulte lógico considerar insuficiente ese tipo de asistencia para poder garantizar la equidad del proceso.

Para CIRO MILIONE[386] este derecho de auto defensa no es incompatible con el derecho a la asistencia letrada, *"ya que nada excluye que en determinadas hipótesis éstas puedan convivir en el mismo procedimiento. Conforta esta opinión el mismo hecho de que, incluso con la asistencia de abogado, siguen existiendo ámbitos de la defensa exclusivamente conferidos al acusado"* y cita como ejemplo el derecho "a la última palabra" reconocido en algunas leyes procesales. Considero que dicha afirmación requiere matices: no se trata de dos posiciones defensivas en pie de igualdad; la acción se ejerce por la parte procesal, pero bajo la dirección técnica o letrada de un profesional del Derecho[387], incluso de forma preceptiva cuando la naturaleza del proceso así lo exige. No es que ambas defensas convivan, sino que el ejercicio de la posición procesal debe operarse bajo los designios que considere su titular y, por ello, a tal efecto, la ley reconoce al mismo diversas facultades como el cambio de esa dirección letrada e incluso la posibilidad de accionar civil o penalmente en caso de una *mala praxis*. Incluso el órgano judicial debe velar, como hemos visto, por unos niveles de calidad de esa asistencia letrada, lo que no puede confundirse con una codefensa.

En nuestro ordenamiento procesal no existe un pronunciamiento indubitado referido a la posibilidad de auto defensa en el proceso penal[388]. Sin embargo, la

[386] MILIONE, C. (2015: 171).

[387] Así, por ejemplo, el Capítulo V, Título I del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de "representación procesal y defensa técnica".

[388] La ley únicamente establece supuestos en los que no resulta preceptiva la defensa técnica de letrado en los diferentes órdenes jurisdiccionales. Ciñéndonos al orden penal, el artículo 118.3 LECr. deja claro el carácter preceptivo de la asistencia letrada sin establecer nada respecto de la posibilidad de auto defensa; únicamente el artículo 967 de esa misma Ley contempla el carácter facultativo de esa asistencia letrada en los enjuiciamientos de delitos leves con pena prevista inferior a 6 meses de multa.

El TC tampoco aclara la cuestión, pues si bien ha señalado que *"… la conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado"* (STC 199/2003 de 10 de noviembre), no fija los supuestos en que la auto defensa es posible y sólo se detiene en el análisis de los casos en que resulta facultativa.

LOCOJM sí establece expresamente -en su artículo 104- que *"[e]l inculpado licenciado en Derecho podrá defenderse por sí mismo"*. Además, en el recurso contencioso-disciplinario militar, el artículo 463 de la LOPM[389] permite la sustanciación del recurso por el propio militar sancionado, a imagen de la facultad que el artículo 23.3 de la LJCA otorga a los funcionarios públicos para la defensa de sus derechos estatutarios que no impliquen la separación de empleados públicos inamovibles. A mi juicio estas previsiones se ajustan plenamente a los principios establecidos. Respecto a lo dispuesto en el artículo 104 de la LOCOJM, resulta acorde con la facultad prevista en el artículo 17.5 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio[390], que permitía la habilitación como letrado de quien reúne los requisitos para la colegiación como abogado en defensa de sus intereses personales o familiares. Lo mismo sucede, como ya se ha expuesto, con la facultad otorgada al militar para accionar el proceso contencioso disciplinario, reconocimiento que descansa

---

Además, distingue esos supuestos de asistencia potestativa de la autodefensa propiamente dicha al afirmar que *"el carácter no preceptivo de la intervención de Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, quedando por consiguiente incólume, en tales casos, el mencionado derecho cuyo ejercicio se deja a la libre disposición de las partes"* (SSTC 146/2007, de 18 junio; 208/1992, de 30 de noviembre; 7/1986, de 21 de enero; 216/1988, de 14 de noviembre)

En definitiva, considero que los casos de posible auto defensa deberían estipularse de manera expresa, sin que deban ser reducidos a aquellos en que la defensa letrada resulta facultativa, pues, de forma lógica, cabe también atender a la formación jurídica del investigado en relación con los hechos que se le imputan. Así pudiera desprenderse de lo establecido en la STC 233/1998, de 1 diciembre, cuando afirma: *"La necesidad constitucional de asistencia letrada viene determinada por la finalidad que este derecho cumple. Si, como dijimos antes, se trata de garantizar la igualdad de las partes y la efectiva contradicción para el correcto desarrollo del debate procesal será constitucionalmente obligada la asistencia letrada allí donde la capacidad del interesado, el objeto del proceso o su complejidad técnica hagan estéril la autodefensa que el mismo puede ejercer mediante su comparecencia personal".*

[389] Artículo 463.

"El demandante podrá conferir su representación a un Procurador, valerse tan sólo de Abogado con poder al efecto, o comparecer por sí mismo asistido o no de abogado.

No obstante, para que el demandante pueda interponer y sustanciar los recursos de casación v revisión, será necesario que comparezca asistido y, en su caso, representado por Letrado".

[390] Si bien, dicha previsión se ha suprimido en el nuevo Estatuto aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, desconozco si con un verdadero propósito de suprimirla o por mera omisión de la norma.

-al igual que en el caso del indicado artículo 23.3 de la LJCA- en la idea de que el funcionario posee un conocimiento adecuado y suficiente de su régimen estatutario para la defensa de los intereses que se ventilan en ese tipo de procesos. Además, esa distinción entre la auto defensa en el orden penal militar y en el contencioso disciplinario resulta ajustada a los principios establecidos por el TEDH en el sentido de atender a la gravedad de la infracción como causa de limitación a esa facultad de auto defensa. Igualmente, la restricción respecto a la defensa en fase de recurso de casación deriva de la dificultad técnica que ese nivel jurisdiccional implica para el lego en Derecho. No obstante, considero que la habilitación generalizada del militar para su auto defensa en el procedimiento contencioso disciplinario debería limitarse en los supuestos en que la sanción impuesta sea la de separación del servicio, al igual que sucede en el ámbito contencioso administrativo para los supuestos de separación de empleados públicos. Asimismo, reitero la idea de que el órgano judicial en cuestión deberá atender a la calidad de esa defensa técnica -incluso aunque sea en nombre propio-, de acuerdo con lo ya señalado.

b) Derecho a un abogado de libre elección.

La ya aludida STEDH caso Croissant contra Alemania, de 25 de septiembre de 1992, analiza el caso del nombramiento de un letrado en contra de la propia voluntad del acusado, exponiendo que *"[e]s cierto que el artículo 6.3.c) otorga a «toda persona acusada de un delito» el ser defendido por un letrado de su elección [...] No obstante, y a pesar de la importancia de la relación de confianza entre abogado y cliente, este derecho no puede ser considerado absoluto. Es necesario someterlo a ciertas limitaciones cuando se trata de asistencia gratuita y también cuando, como en el presente caso, son los tribunales quienes deciden si los intereses de la justicia exigen que el acusado sea defendido por un letrado elegido por ellos. En el nombramiento del letrado defensor, los tribunales nacionales deben tener en consideración los deseos del defendido; de hecho, la*

ley alemana contempla esta circunstancia [...] Sin embargo, no pueden anteponer esos deseos cuando existen relevantes y suficientes argumentos para sostener que es necesario en interés de la justicia". En el caso concreto, se trataba de evitar la interrupción o aplazamiento del proceso.

También la citada STEDH (GS) en el caso Correia de Matos contra Portugal establecía, respecto a la facultad otorgada en el artículo 6.3.c) para la elección de letrado o la defensa de uno mismo, que puede prescindirse de la voluntad del acusado *"cuando existen argumentos relevantes y suficientes para sostener que ello es necesario en interés de la justicia"* (en el mismo sentido SSTEDH en los casos Dvorski contra Croacia [GS], de 20 de octubre de 2015; Zagorodniy contra Ucrania, de 24 de noviembre 2011; Vitan contra Rumania, de 25 de marzo de 2008; Klimentyev contra Rusia, de 16 de noviembre de 2006; Mayzit contra Rusia, de 20 de enero de 2005; Meftah y otros contra Francia [GS], de 26 de julio de 2002). Para el Tribunal, el análisis de esa relevancia y suficiencia debe apreciarse tanto en los supuestos establecidos por la legislación nacional, como en la aplicación al caso concreto por parte del órgano judicial, empleando como elementos de contraste la legislación de otros estados miembros, el Derecho Internacional o el Derecho de la UE.

En relación con los militares, resulta fácil imaginar situaciones en las que la libre elección de asistencia legal por un investigado se puede ver limitada. Así, piénsese en la necesidad de practicar esas actuaciones en el curso de un conflicto armado u operación internacional en un país remoto o durante una navegación. Parecen concurrir aquí esos argumentos *"relevantes y suficientes"* para prescindir de la voluntad del acusado como único elemento a la hora de otorgar la asistencia jurídica al mismo. En este orden de cosas, el artículo 107 de la LOCOJM[391] contempla el posible nombramiento a los militares investigados que

[391] Artículo 107

se encuentren fuera del suelo nacional, de un defensor elegido por él entre los oficiales de la Fuerza o Buque. En el actual estado de las comunicaciones, atendidas las amplias posibilidades de intervención en el proceso mediante videoconferencia, cabría cuestionarse si la opción de esa asistencia legal, por parte de un oficial, resulta preferible –tanto para los intereses del acusado como de la propia justicia- a la asistencia del mismo a través de una adecuada comunicación telemática. No obstante, también debe atenderse a este respecto, como señala GRABENWARTER[392], al hecho de que *"la comunicación mediante videoconferencia sólo será ajustada a la confidencialidad si se garantiza que es segura contra cualquier intento de intercepción".* También el artículo 105 de la LOCOJM[393] prevé un supuesto que permite prescindir de la voluntad del investigado en la elección de letrado, que en este caso considero justificado por la evitación de dilaciones indebidas, como también ha sido admitido jurisprudencialmente en la jurisdicción penal común de nuestro país.

La tan citada STEDH del caso Morris contra Reino Unido, analiza una situación semejante. El Soldado Morris rechazó ser representado en su corte marcial por un representante legal independiente facilitado por la *Legal Aid*

"En unidades fuera del suelo nacional y en buques navegando, cuando fuere preciso instruir diligencias o procedimiento judicial, se informará al interesado que, para su defensa y hasta llegar a suelo español, puede designar a cualquier Oficial de la fuerza o buque.

De no hacer designación alguna, se le nombrará de oficio, a cuyo fin se establecerá un turno de los Oficiales destinados en la unidad o buque de que se trate.

La Ley Procesal Militar determinará las exenciones y excusas para actuar como defensor militar".

[392] GRABENWARTER, C. (2014: 159).

[393] Artículo 105

"Cuando un inculpado ante la jurisdicción militar haya designado defensor o solicitado su nombramiento en turno de oficio, por dos veces en un mismo procedimiento, sumados ambos supuestos, y cesara el último de aquéllos, se interesará la designación de letrado de turno de oficio del Colegio de Abogados correspondiente, siempre que se apreciare abuso de derecho, haciendo constar la circunstancia que lo motiva. El letrado así designado no podrá ser rechazado por el inculpado, ni desistir de su función de defensa."

Authority –Autoridad de Asistencia Legal- manifestando expresamente *"que no quería ser representado por otro que su defending officer, y que hacía esa elección a su propia y libre elección".* Por ello *"el Tribunal no encuentra justificación en la queja del recurrente relativa a la independencia de su defending officer y en el manejo de su defensa por ese oficial. En cualquier caso, se observa en las pruebas que el defending officer no erró en el asesoramiento o representación adecuados del recurrente, considerando los riesgos consecuentes a su recurso contra el veredicto de la court martial. Incluso en este aspecto, el recurrente fue asistido de representación legal en la tramitación de la apelación, por lo que este error no tuvo consecuencias para el recurrente".* Por último, el Tribunal no considera que *"la revelación por el defending officer de información privilegiada al Defence Council en sus capacidades como "reviewing authority" diera lugar en ese contexto a una falta de equidad en el proceso ante la court martial".*

Se deduce, por tanto, que -al margen de la posibilidad antes apuntada- la asignación de la defensa técnica a un militar no conculcaría el derecho que analizamos si la elección del mismo es efectuada voluntariamente por el investigado y siempre que pueda apreciarse que, en el caso concreto, se adecuó a unos parámetros de calidad acordes al derecho de defensa, tal y como analizamos. Aunque no se aborda de un modo directo la consideración de la independencia de estos letrados militares, se colige, de lo referido en último lugar, que el TEDH no deriva una quiebra de esa independencia por el mero hecho de la condición militar del defensor, sino que parece atender a la efectiva afectación que pudiera haberse producido en el desempeño de su función. Convengo con esa posición, pues si el propio TEDH ha mantenido –como vimos al analizar el derecho a un tribunal independiente e imparcial- que la condición de militar no es, por sí sola, sinónimo de falta de independencia, tales argumentos serán extrapolables, en mayor medida si cabe, a quien asume la defensa letrada. Incluso, cuando la asignación de esa defensa es efectuada de forma imperativa,

entiendo que los elementos fundamentales a los que ha de atenderse para garantizar el derecho a un juicio justo son la calidad e independencia de esa posición procesal, si bien valorando si existían los argumentos suficientes y relevantes en pro de la justicia para privar o limitar el derecho del acusado a la libre elección de letrado. Bajo estas premisas, la previsión del artículo 107 de la LOCOJM resulta acorde con la postura del TEDH siempre que, para el caso concreto, pueda acreditarse que concurrían esos argumentos suficientes y relevantes de los que se ha hablado y sin perjuicio de la valoración por el órgano judicial de la adecuación de la defensa del investigado.

c) Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Nuevamente la STEDH en el caso Croissant contra Alemania, de 25 de septiembre de 1992, aporta significativas consideraciones a la hora de perfilar el contenido del derecho y, concretamente, en su manifestación del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Señala la misma que *"[a]l contrario que otros derechos establecidos en otros apartados del artículo 6.3 […], el derecho a la asistencia jurídica gratuita reconocido en el subpárrafo c) no es absoluto; tal asistencia es facilitada solo si el acusado «no tiene suficientes medios para pagar»".*

A esa insuficiencia de medios debe añadirse, atendiendo al tenor del artículo 6.3.c), el de la exigibilidad derivada de los intereses de la justicia. Se trata de un criterio que permite un amplio margen de apreciación a los Estados parte, si bien la jurisprudencia del TEDH ha ido perfilando algunas pautas interpretativas como la complejidad del supuesto, la gravedad de la infracción imputada y de la pena a imponer o *"la sostenibilidad de la pretensión"* (STEDH en el caso Monell y Morris contra Reino Unido, de 2 de marzo de 1987).

La tan comentada STEDH en el caso Morris contra Reino Unido, de 26 de febrero de 2002, referida a un proceso seguido ante una *court martial,* recuerda

la conformidad con el artículo 6.3.c) del hecho de exigirse el pago de la asistencia letrada a quien posee suficiencia de medios, añadiendo que *"[n]o pueden ser considerados como arbitrarios o irrazonables los términos de la oferta, teniendo en cuenta el nivel salarial del recurrente en ese momento, con independencia de si se le concedió o no la opción de pagar a plazos".* Sin embargo, como ya vimos, el procesado rehusó la posibilidad de valerse de un abogado de su elección al que debía de pagar y optó por ser defendido por su *defending officer,* lo cual no es contrario –en criterio del TEDH- al derecho a la asistencia letrada.

7.4.5. Las consecuencias de la inobservancia del derecho

La STEDH en el caso Ibrahim y otros contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 2014, recuerda, invocando los principios establecidos en la anterior STEDH (GS) en el caso Salduz contra Turquía, de 27 de noviembre de 2008, que *"incluso cuando una restricción de acceso a la asistencia jurídica está justificada por razones de peso, lo cual es compatible con el artículo 6, puede resultar necesario no obstante, en interés de la equidad, excluir de cualquier proceso penal subsiguiente cualquiera de las declaraciones efectuadas ante la policía sin la presencia de letrado".* Establece, además, unos criterios para valorar la admisibilidad de ese tipo de declaraciones: *"a) la consideración legislativa general y cualesquiera garantías que contenga […];*

b) la calidad de la prueba, incluyendo si las circunstancias en las que fue obtenida causan dudas acerca de su veracidad o exactitud […]; a este respecto, conductas impropias, coerciones significativas o torturas durante los interrogatorios y la vulnerabilidad de las sospechas son factores relevantes […];

c) si hubo una retractación rápida y las admisiones efectuadas fueron negadas de forma consistente, particularmente una vez que se obtuvo la asistencia letrada […];

d) las garantías procesales aplicadas durante el proceso penal, y en particular si al recurrente se le dio la oportunidad de impugnar la autenticidad de la prueba y de oponerse a su utilización [...];

e) la fuerza de las restantes pruebas del caso [...]"

Por tanto, no rechaza tajantemente la validez de las actuaciones practicadas prescindiendo de la asistencia letrada al acusado, sino que somete su admisibilidad a una valoración de los elementos en los que se produjo, a fin de sopesar tanto su verosimilitud como la incidencia que su obtención haya supuesto en otros derechos. Por ejemplo, la STEDH en el caso Haci Özen contra Turquía, de 12 de abril de 2007 considera vulnerado el artículo 6.3.c) al haber sido admitida como principal prueba de cargo la declaración del procesado efectuada ante la policía sin que el tribunal que lo condenó hiciese valoración sobre las alegaciones relativas a las torturas sufridas para su obtención.

Esta postura resulta coincidente con la mantenida por nuestros órganos jurisdiccionales. Así la STS (Sala II) 1151/2002, de 19 de junio, señala: *"De la exigencia de los arts. 17.3º y 24.2º CE sobre la asistencia de abogado en las diligencias judiciales y policiales no se deriva su necesaria e ineludible presencia en todos y cada uno de los actos instructorios, con la salvedad, desde luego, de los supuestos de la detención y de la prueba sumarial anticipada (STC 206/1991), sin olvidar que lo decisivo es que la irregularidad procesal haya producido un perjuicio real y efectivo constitucionalmente relevante (SSTC 112/1989 y 186/1990 y STS 782/2002, de 29 de abril)".*

7.5. El derecho a examinar a testigos.

El apartado d) del artículo 6.3 proclama el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos tanto de cargo como de descargo en las mismas condiciones que la acusación. En realidad, este apartado ha de ser

contextualizado en un propósito más amplio como es el derecho a utilizar los medios adecuados para la defensa, análogo al proclamado en el artículo 24.2 CE. Esto sitúa nuestro análisis en la cuestión de la admisibilidad de pruebas y los efectos que puedan derivarse de su denegación. La doctrina emanada del TEDH se inclina por una acepción amplia del término "testigo", asimilando a los efectos de este derecho a testigos y peritos[394]. Dos cuestiones presentan particulares significaciones para el contexto de este estudio: los testigos anónimos y los peritos.

7.5.1. Testigos anónimos

Ya vimos en el apartado 3.3 del capítulo III como incide la admisibilidad de pruebas en la conceptuación del proceso como equitativo. Atendiendo a lo allí expuesto, cabe analizar aquí únicamente la cuestión de la posible consideración como prueba de las declaraciones llevadas a cabo fuera del acto del juicio oral. La STEDH en el caso Sadak y otros contra Turquía (nº 1), de 17 de julio de 2001, expone de forma elocuente la cuestión analizada: *"[s]i el acusado ha tenido una adecuada y correcta oportunidad de oponerse a esas declaraciones, especialmente cuando han sido efectuadas en una fase anterior, su admisión como prueba no contraviene en sí misma los artículos 6.1 y 6.3.d). El corolario de esto es, sin embargo, que si una condena se basa únicamente o en un grado decisivo en declaraciones efectuadas por una persona a la que el acusado no ha tenido la oportunidad de interrogar o hacer interrogar, ya sea durante la investigación o en el juicio, los derechos a la defensa son restringidos en una medida que resulta incompatible con las garantías previstas por el artículo 6".*

La DTEDH en el caso Stănculescu y Chițac contra Rumania, de 3 de julio de 2012, resulta de especial interés al respecto, no solo por los hechos a que se

[394] Por ejemplo, GRABENWARTER (2014: 161).

refiere[395], sino por el análisis que lleva a cabo acerca de esta cuestión. Partiendo de los principios que ya habían sido establecidos en la STEDH (GS) en el caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011, señala que *"las declaraciones de 1990 ajenas al juicio fueron introducidas en el caso de los recurrentes como pruebas documentales; ninguna de las partes solicitó la comparecencia de esos testigos, y el tribunal no rechazó oír las pruebas en nombre de la defensa. Por la «única y decisiva regla» empleada por el Tribunal en estos casos, debe señalarse que mientras que ningún problema de justicia se plantea cuando las pruebas obtenidas no eran sustentadas por otros materiales, cuando la prueba existente es muy fuerte y no hay riesgo de que sea inverosímil, la necesidad de pruebas corroborativas es consecuentemente más débil".* Bajo esta argumentación, el TEDH parece admitir sin ambages la consideración como pruebas de esas declaraciones practicadas con anterioridad al acto del juicio siempre que concurran unos mínimos elementos: en síntesis, que no puedan tacharse de inverosímiles y que resulten asentadas en otras pruebas.

Sin embargo, toda esta cuestión de la admisibilidad de pruebas se enfrenta a la dificultad de la disparidad de sistemas procesales en los Estados parte. Sobre esta cuestión, la STEDH (GS) en el caso Schatschaschwili contra Alemania, de 15 de diciembre de 2015, señala la necesidad de aplicar estándares comunes con independencia del sistema legal del que emane el caso, concluyendo que a pesar de esas diferencias entre la admisibilidad de pruebas de testigos ausentes y las garantías exigibles, lo significativo será *"si hubo suficientes factores de contrapeso para compensar las dificultades ocasionadas a la defensa a consecuencia de la admisión de prueba testifical no corroborada".*

[395] Los recurrentes son dos ex altos mandos del ejército rumano (respectivamente Ministros de Defensa e Interior) condenados por su papel en la represión ordenada por Ceauşescu frente a las protestas a su régimen en Timişoara en 1989. Tales hechos conducirían finalmente al derrocamiento del dictador en Rumania y al cambio de régimen en el país.

La STEDH en el caso D. y M. contra Bulgaria, de 7 de junio de 2018, desarrolla esos requisitos en la forma que han sido establecidos progresivamente por la jurisprudencia del TEDH. Señala que *"[e]n particular, el Tribunal ha establecido en su jurisprudencia los siguientes criterios que permiten valorar la compatibilidad con el artículo 6 de un proceso donde se ha admitido un testimonio como prueba a pesar de que el acusado no haya tenido la oportunidad de interrogar o hacer interrogar al testigo en cuestión: primero debe asegurarse de que la ausencia del testigo durante el juicio esté justificada por una razón grave; debe entonces tratar de determinar si la condena del demandante se basa exclusivamente o en gran medida en la declaración del testigo ausente; finalmente debe determinar si existían elementos compensatorios, en especial garantías procesales sólidas, suficientes para ponderar los inconvenientes derivados para la defensa de la admisión de tal prueba y para permitir asegurar la equidad del procedimiento en su conjunto".* Posteriormente, concreta *"los elementos a tener en cuenta durante el análisis de la tercera etapa mencionada anteriormente, a saber: la forma en que el tribunal de primera instancia ha abordado el testimonio en cuestión, la administración de los otros elementos de cargo y el valor probatorio de estos, y las medidas procedimentales tomadas a fin de compensar la imposibilidad de contrainterrogar directamente al testigo ausente en el proceso".*

Se colige de todo ello que el TEDH llevará a cabo una valoración de las pruebas admitidas atendiendo tanto al grado de contradicción al que la misma ha podido ser sometida, como a la significación que posee en el conjunto del proceso. A mi juicio el planteamiento del TEDH entremezcla la cuestión de la admisibilidad de la prueba con la valoración de la misma, aspectos bien diferenciados en nuestro Derecho y que operarían en momentos procesales distintos[396]. Si bien en la práctica no siempre resultará sencillo deslindar si una

[396] ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (coordinadores) (2010) *Estudios sobre la prueba penal Vol. 1 (Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites)*, Las Rozas

determinada actuación ha de ser admitida como prueba sin atender a su valor probatorio, el pronunciamiento sobre la admisibilidad incide en el principio de igualdad de armas y en la configuración del proceso acusatorio, mientras que su valoración es una cuestión radicada en el derecho a la presunción de inocencia. La apreciación de si una prueba vulnera el principio contradictorio y el derecho a la defensa no puede hacerse depender de la relevancia que la misma posea, la prueba ha de ser rechazada en todo caso si la posibilidad de oposición a la misma por parte de la defensa no es adecuada. Cuestión diferente será que existan otros elementos probatorios que permitan la condena del acusado o que, al contrario, esa única prueba sea insuficiente para enervar la presunción de inocencia de la que apriorísticamente goza todo investigado.

Como ya se apuntó respecto de las pruebas anticipadas y preconstituidas, toda esta cuestión de la admisibilidad de las declaraciones anteriores al juicio puede resultar particularmente significativa en el ámbito castrense debido a las dificultades que con frecuencia plantea la reproducción de la prueba en la vista oral. Así, el contexto en el que se producen a menudo los hechos ilícitos militares, en zona de operaciones o en el transcurso de un ejercicio militar, pueden hacer particularmente difícil la traslación al juicio de las actuaciones de investigación. Piénsese, por ejemplo, en la reproducción de testificales practicadas respecto de población civil en una zona de operaciones o durante una navegación por distintos estados.

Al respecto resulta de sumo interés la DTEDH en el caso Saric contra Dinamarca, de 2 de febrero de 1999. En ella se analiza el caso de un ciudadano

(Madrid), La Ley. RIVES SEVA, A. P. (1999) *La Prueba en el Proceso Penal*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi. MUERZA ESPARZA, J. J. (2001) "La valoración de la prueba en el proceso penal español" en ROBLES GARZÓN, J. A. (coordinador) *La protección de testigos y peritos en causas criminales: comunicaciones y ponencias*, Málaga, Servicio de Publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, pp. 101-112. ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2019) "Problemas de admisibilidad de la prueba. La prueba obtenida por particulares con violación de derechos fundamentales en el sistema jurídico español, obstáculos y propuestas para su admisibilidad y exclusión", *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 1, 2019, pp. 475-508.

bosnio que es condenado en Dinamarca -tras llegar allí como asilado- por las torturas y tratos degradantes cometidos en un campo de prisioneros en Čaplinja (Bosnia y Herzegovina) durante el conflicto de la ex Yugoslavia. El condenado alegaba que no había podido interrogar a los testigos de descargo solicitados por cuanto no pudieron ser localizados. El TEDH expone que *"[a] la vista del material expuesto ante él, el Tribunal no encuentra razones para dudar de que la fiscalía hizo uso de los medios accesibles y adecuados atendiendo a las especiales circunstancias del caso para hallar a los testigos en cuestión. Al respecto el Tribunal ha prestado atención a la escasa información disponible por las autoridades acerca de los testigos planteados por la defensa, y al estado de guerra en la antigua Yugoslavia durante el periodo en cuestión".*

Respecto a la decisión del Tribunal Supremo de rechazar el aplazamiento del caso al objeto de continuar la búsqueda de los testigos fue razonada en el hecho de que la fiscalía había hecho uso de todos los medios posibles con el fin de hallar a los testigos y por la previsible continuidad de las dificultades en encontrarlos. [...] *Además, el Tribunal Supremo reconoció las dificultades bajo las cuales trabajó la defensa y, al objeto de contrarrestarlas, permitió la solicitud del abogado de que la declaración escrita de T.S. y los extractos de ciertos informes policiales fueran leídos en el juicio".*

El Tribunal también señala que un número sustancial de testigos –varios de ellos testigos directos de los hechos en cuestión- fueron oídos y presentadas pruebas técnicas durante el juicio y que el recurrente fue de hecho absuelto de varios de los cargos en su contra".

La falta de inmediación de las testificales -con la consiguiente merma de la facultad de defensa- no solamente cabe justificarla en la imposibilidad material de su reproducción. Puede ampararse también en los casos de testigos que merezcan una particular protección, como sucede en los casos analizados por las SSTEDH en los casos S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002 y D. contra

Finlandia, de 7 de julio de 2009, donde se admite la falta de declaración en el acto del juicio de menores presuntas víctimas de abusos sexuales. Este supuesto ha sido contemplado por la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, particularmente en sus artículos 20 y 25. También puede establecerse como supuesto análogo el de los denunciantes de delitos de corrupción, los denominados *whistleblowers* –soplón, en su traducción literal- cuya protección aborda la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, traspuesta en nuestro ordenamiento mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Con el propósito de evitar posibles represalias y favorecer de ese modo la persecución de estos delitos, se aboga por el anonimato de estos denunciantes a pesar de la merma que ello pueda suponer en el derecho de defensa, siempre que no se desvirtúe el mismo.

7.5.2. Peritos

Respecto a los peritos, la STEDH en el caso Bönisch contra Austria, de 6 de mayo de 1985, aborda la validez como perito en el acto del juicio de un experto que había elaborado informes que sirvieron a la fiscalía para la conformación de la acusación. El TEDH admite que tal situación puede generar dudas acerca de la neutralidad del perito y afirma que *"su análisis en la vista no está excluido por el Convenio, pero el principio de igualdad de armas inherente al concepto de proceso equitativo (ver, mutatis mutandis, la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970, Serie A nº. 11, p. 15, prfo. 28) y ejemplificado en el párrafo 6.3.d) («bajo las mismas condiciones -ver, mutatis mutandis, la sentencia Engel y otros de 8 de junio de 1976, Serie A nº. 22, p. 39, prfo. 91-) requería un mismo tratamiento de las personas que fueran o hubieran podido ser llamadas, en cualquier condición,*

por la defensa". Para el TEDH existió una quiebra del artículo 6 dado que la posición del experto designado por el propio tribunal, y sobre cuyo dictamen se había constituido la acusación, era muy distinta a la que correspondía a los expertos designados por la defensa, con funciones como interrogar a las partes o a los propios expertos designados por estas.

7.6. Derecho a la asistencia gratuita de intérprete.

El apartado final del artículo 6.3 del CEDH establece el derecho *"a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".* Como señala CIRO MILIONE[397] *"la importancia de esta garantía concierne a una determinada circunstancia, en la que la mera presencia del acusado en el proceso no asegura su participación activa cuando se da el caso de que éste, por no estar familiarizado con el idioma empleado en el proceso, no sea capaz de comprender todo lo que en el mismo se diga",* si bien, continúa ese mismo autor, *"este derecho no incluye la exigencia de proporcionar la traducción escrita de cualquier prueba documental o de toda pieza oficial de las actuaciones* [...] *debe permitir –y a ello se circunscribe- que, en cada caso, el acusado sepa lo que se le imputa y pueda defenderse".*

En esa línea, STEDH (GS) en el caso Hermi contra Italia, de 18 de octubre de 2006, comienza destacando la importancia de la presencia del acusado en el juicio como elemento de un proceso equitativo y, aunque no se menciona en el artículo 6.1, el derecho del acusado a participar en dicho juicio. También pone de manifiesto la significación del derecho a ser informado de la acusación y, conectándolo con el derecho a ser asistido de intérprete, considera que *"un acusado que no puede entender o hablar el idioma usado por el tribunal tiene el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete para la traducción o interpretación de todos aquellos documentos o declaraciones en el proceso*

[397] MILIONE, C. (2015: 191-192).

seguido en su contra que sean necesarios para su comprensión o que tengan que ser traducidos al idioma del tribunal para gozar del beneficio de un proceso equitativo". Pero a continuación puntualiza que esa asistencia no comprende una traducción de todos los documentos o pruebas escritas del proceso, sino de aquellas que hagan posible un adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del acusado. Como corolario de ese propósito, indica que *"la obligación las autoridades competentes no se limita a la designación de un intérprete, sino que, si tienen conocimiento en el caso concreto, debe extenderse al control subsiguiente de la adecuación de la interpretación proporcionada".* Es decir, que el órgano judicial, al igual que sucedía con la asistencia letrada, debe verificar que esa interpretación es suficiente para el propósito que con ella se persigue. La Directiva 2010/64/UE[398] ha desarrollado este derecho en el ámbito de la Unión, acogiendo la doctrina jurisprudencial del TEDH.

En el específico ámbito objeto de estudio, encontramos la DTEDH en el caso K. contra Francia, de 7 de diciembre de 1983, en la que un militar juzgado por un órgano judicial castrense en Francia reclamaba que no fue asistido de intérprete respecto a su voluntad de expresarse en la lengua bretona. Señala el TEDH que *"queda claro en la decisión del tribunal que el recurrente nació y fue educado en Francia y no tenía dificultad para entender y hablar el idioma francés en el que el proceso fue celebrado. El derecho a la asistencia de un intérprete reconocido en el Convenio en su artículo 6.3.e) claramente se aplica únicamente cuando el acusado no puede entender o hablar el lenguaje usado en el tribunal".*

Ciertamente, puede pensarse que este derecho carece de significación en el ámbito de los derechos de los militares, pues estos van a ser siempre nacionales del estado que les juzga o, siendo extranjeros, conocerán suficientemente la

[398] Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. Su artículo 1.1 dispone: *"La presente Directiva establece normas relativas al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales y en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea".*

lengua oficial del mismo si pertenecen a sus Fuerzas Armadas. Al margen de los supuestos en los que la competencia de las jurisdicciones militares puede extenderse a civiles, considero que este derecho puede cobrar una particular importancia en distintos escenarios. Primero, en casos de enjuiciamiento de crímenes contra el Derecho Internacional de los conflictos armados, respecto de los cuales puede resultar competente un órgano jurisdiccional internacional o de un estado extranjero por aplicación del principio de justicia universal. En segundo lugar, aunque con un carácter más limitado, dada la actuación de las Fuerzas Armadas de forma cada vez más habitual en contextos multinacionales, la existencia en los procedimientos de documentos en otros idiomas o la participación de testigos o peritos extranjeros puede resultar más extendida. Y, por último, de consuno con CIRO MILIONE[399], por cuanto este derecho *"avala, a su manera, al importante proyecto de unificación europea en un ámbito tan específico, como el proceso penal".* Las aspiraciones de una cada vez más estrecha colaboración –o, incluso, una unificación europea- en el ámbito de la defensa, otorgan a este derecho una proyección remarcada en lo referente al ámbito de los derechos de los militares.

[399] MILIONE, C. (2015: 194).

CAPÍTULO IV

ARTÍCULO 7 DEL CEDH: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

SUMARIO: 1. El principio de legalidad en la jurisprudencia del TEDH. 2. Alcance de la predeterminación legal y elementos normativos del tipo en la tipificación de infracciones militares. 3. Principio de legalidad y crímenes de guerra. 4. Aplicación del principio de legalidad a medidas cautelares de naturaleza penal. 5. Principio de legalidad y ejecución de las penas. Su incidencia en el ámbito castrense, en particular en relación con las medidas administrativas anudadas a una pena o sanción.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Señala CASADEVALL[400] que el artículo 7 del CEDH *"contiene el principio de legalidad penal consagrado en el conocido aforismo nullum crimen, nulla poena sine lege, [...] y con los artículos 2, 3 y 4 (párrafo 1) forma parte del llamado bloque compacto de los derechos que no admiten derogación, tal y como lo prevé el artículo 15.2 del propio Convenio."* Para GRABENWARTER[401], *"mientras el artículo 6 se orienta a la protección del ámbito procesal en un Estado de derecho y establece un punto de referencia, en particular, para el derecho procesal penal, el artículo 7 provee de principios fundamentales para el Estado de derecho en el ámbito del Derecho Penal, tales como la exigencia de que la ley penal debe ser suficientemente precisa y que su aplicación retroactiva queda prohibida."* Esa

[400] CASADEVALL, J. (2012: 318 y ss).

[401] GRABENWARTER, C. (2014: 172).

interrelación entre los artículos 6 y 7 del CEDH es también puesta de manifiesto por LANDA GOROSTIZA[402] cuando afirma que *"debe subrayarse la función complementaria del artículo 7 en el ámbito del Derecho Penal sustantivo, que discurre en paralelo a las garantías adjetivas que asegura el artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) como piedra angular del proceso penal propio de un Estado de derecho."*

La definición que aporta la jurisprudencia del TEDH se centra en la determinación del contenido de este derecho. Así, -entre otras muchas- la STEDH en el caso Kokkinakis contra Grecia, de 25 de mayo de 1993, señala: *"el artículo 7 párrafo 1 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal en contra del acusado. Además, implica, de modo general, el principio de que sólo la ley puede definir el delito y determinar la pena (nullum crimen, nulla poena sine lege) y el principio de que la ley penal no debe ser interpretada extensivamente en perjuicio del acusado, por ejemplo mediante analogía; de ello se sigue que un delito debe estar claramente definido en la ley."* No obstante, debe precisarse, respecto al concepto de ley a tener en cuenta, que -como luego se desarrollará- la legalidad a la que se refiere el TEDH, atendiendo a las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados partes y en especial a los adscritos al modelo de *common law,* no se identifica exclusivamente con la ley escrita, sino que va a referirse también a la no escrita, con sujeción a los principios de accesibilidad y previsibilidad.

En lo atinente a este estudio, conviene tener presente que la reserva efectuada por España respecto a la aplicación de la Ley disciplinaria castrense, lo es únicamente en relación con los artículos 5 y 6 del CEDH, no afectando, por tanto, a este precepto que, de acuerdo con el artículo 15 del CEDH[403], ni siquiera

[402] LANDA GOROSTIZA, J. (2015) "Artículo 7. No hay pena sin ley" en LASAGABASTER HERRARTE, I. (director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, p. 299.

[403] *Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia*

admite derogación en estado de guerra o de peligro público contra la vida de la nación.

Resulta particularmente relevante, a los efectos de este estudio, la concreción del ámbito de aplicación del precepto. Según GRABENWARTER[404], *"el ámbito del artículo 7 incluye entonces tanto las clásicas «infracciones penales» como las infracciones administrativas (desórdenes públicos) y ciertas infracciones disciplinarias."* Además, señala ese autor, la conducta criminal no se determina únicamente por la ley que la tipifica, sino también por aquellas que establecen previsiones acerca de la responsabilidad o imprudencia, las causas de justificación o exclusiones de la responsabilidad criminal. Al respecto suscribo la opinión de RAINEY, MCCORMICK, y OVEY[405] en el sentido de que la noción de infracción penal a estos efectos debe ponerse en relación con la interpretación referida a la "acusación en materia penal" que determina el ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH, por lo que cabe remitirse a lo ya analizado en el apartado 1.3 del capítulo III. Sin embargo, como afirman HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[406], el precepto no extiende sus efectos a otras cuestiones del proceso penal distintas de la condena, como la detención, la inadmisión de recursos o el rechazo de

---

1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado.

Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación".

[404] GRABENWARTER, C. (2014: 173-174).

[405] RAINEY, B., MCCORMICK, P. y OVEY, C. (2014), *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights,* Oxford University Press, pp. 296-297. En el mismo sentido, HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 492).

[406] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 492).

asistencia letrada, dado que las mismas no se refieren a hechos de la culpabilidad. Tampoco incorpora el principio *non bis in idem,* como igualmente destaca LANDA GOROSTIZA[407], si bien -expone este último autor- dicho principio se encuentra ahora expresamente reconocido por el artículo 4 del Protocolo nº 7, como se verá más adelante.

Tanto LANDA GOROSTIZA[408] como HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[409], diferencian dos manifestaciones del derecho: una garantía criminal *(nulum crime sine lege)* y una garantía penal *(nula pena sine lege)*. Dentro de la garantía criminal, distingue el primero de los autores citados, la prohibición de retroactividad y, de otra parte, el mandato de previsibilidad de la conducta penal, con la excepción establecida en el apartado 2 de este artículo 7 del CEDH. Vamos a exponer brevemente las consideraciones que han emanado de la jurisprudencia del TEDH respecto a cada una de estas manifestaciones del derecho a la legalidad penal con el fin de establecer un punto de partida para analizar, en apartados subsiguientes, las implicaciones que las mismas pueden suponer en el ámbito de los derechos de los militares.

1.1. Prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal

Si bien la redacción del precepto únicamente incorpora la irretroactividad de la ley penal desfavorable, desde la STEDH (GS) en el caso Scoppola contra Italia (nº 2), de 17 de septiembre de 2009, parece admitido por el TEDH el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable. En dicha sentencia, tras admitir la denegación de esa retroactividad en su doctrina anterior, hace referencia a la incorporación de la misma al principio clásico de irretroactividad de la ley penal desfavorable en textos internacionales como el artículo 9 del Convenio Americano de Derechos Humanos y el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de

[407] LANDA GOROSTIZA, J. (2015: 301).

[408] LANDA GOROSTIZA, J. (2015: 302).

[409] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 491-500).

la Unión Europea. Y concluye que *"es necesario separarse de la jurisprudencia establecida por la Comisión en el caso X contra Alemania y afirmar que el artículo 7.1 del Convenio garantiza no solamente el principio de no retroactividad de la ley penal más gravosa para el condenado, sino también —de manera implícita— el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Ese principio está inserto en la regla de que cuando hay diferencias entre la ley penal en vigor al momento de la comisión del delito y la posteriormente aprobada con anterioridad a que recaiga una sentencia definitiva, el tribunal debe aplicar la ley cuyas previsiones sean más favorables al acusado."* Así lo destaca GARCÍA PÉREZ[410] cuando afirma que *"desde que se adoptó esta decisión por la Comisión* -en el mencionado caso de X contra Alemania- *tanto a nivel europeo como a nivel internacional se ha ido alcanzando un consenso en torno a la necesidad de su reconocimiento."*

Cabe hacer una particular alusión a dos cuestiones que se plantean en torno a la irretroactividad de la ley. En primer lugar, respecto a los casos de delitos continuados durante cuya ejecución es aprobada una agravación de la ley penal. El TEDH sostiene una línea argumentativa coherente con lo que posteriormente analizaremos acerca de la previsibilidad exigible a la ley penal. Así, en la STEDH en el caso Veeber contra Estonia (nº 2), de 21 de enero de 2003[411], se aprecia la vulneración del artículo 7 por el hecho de que *"considerando los términos de la ley penal aplicable durante ese periodo, el recurrente no podía haber previsto que se enfrentaría a una condena penal al primer descubrimiento de su actividad",* señalando que *"no puede establecerse con certeza que el enfoque de los tribunales nacionales no haya tenido ninguna incidencia en la severidad de la*

[410] GARCÍA PÉREZ, O. *Los conceptos autónomos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las cuestiones procesales: un tema pendiente,* en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., FERNANDA PALMA, M., GARCÍA PÉREZ, O., PRATA ROQUE, M. (dir.) (2019). *"La Influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Interno."* Tirant lo Blanch. p. 297 y 298.

[411] En síntesis, el recurrente es un empresario condenado por delito fiscal por hechos ocurridos entre 1993 y 1996. Hasta la reforma de la ley en 1995 el tipo penal exigía la previa sanción administrativa por el fraude cometido, mientras que la ley reformada establecía la existencia del ilícito penal de forma alternativa, bien cuando se hubiera producido la previa sanción administrativa, bien cuando se apreciara la intencionalidad del acusado.

pena o que no implicara consecuencias negativas tangibles para el recurrente." Parece, por tanto, que es la conjunción de ambos factores (agravación de la pena y falta de previsibilidad) la que lleva al TEDH a apreciar la vulneración del principio de irretroactividad. Por el contrario, en la STEDH en el caso Rohlena contra República Checa, de 27 de enero de 2015, no se aprecia esa vulneración toda vez que *"la sentencia impuesta al recurrente, que fue declarado culpable de un delito continuado de abuso a una persona con la que cohabitaba* –violencia doméstica, en nuestro lenguaje jurídico-, *era aplicable en el momento en el que esa infracción se consideró que había sido finalizada, de acuerdo con la «ley» que era previsible al efecto. No hubo aplicación retroactiva de la ley penal y el recurrente no fue sometido a unas reglas sentenciadoras más severas que las que hubieran resultado aplicables si hubiera sido juzgado por varias infracciones separadas."* Es decir, el TEDH considera en estos casos tanto la previsibilidad de la condena, como el no incremento de la penalidad de la ley efectivamente aplicada.

El segundo supuesto que ha suscitado interesantes pronunciamientos del TEDH es el de los cambios jurisprudenciales en la interpretación de la ley penal y su incidencia en la irretroactividad desfavorable de la que hablamos. Al respecto, CASADEVALL[412], compendiando los párrafos 39, 41 y 42 de la STEDH en el caso C. R. contra Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, expone que *"[e]l TEDH recuerda que sea cual sea la redacción de un texto legal siempre es necesario interpretarlo, sobre todo en sistemas de derecho como el británico en los cuales la función interpretativa de los tribunales es fundamental y concluye que no hubo violación del artículo 7, considerando que los tribunales británicos siguieron una tendencia ya perceptible en la evolución de una jurisprudencia encaminada a poner fin a la impunidad del marido que había violado a su esposa; que la interpretación jurisprudencial era la evolución manifiesta del derecho penal que tendía a generalizar aquella conducta como constitutiva de un delito de violación, y que la evolución era tal que el reconocimiento judicial de la ausencia de*

[412] CASADEVALL, J. (2012: 318).

impunidad constituía ya una etapa de la ley que era razonablemente previsible." Nuevamente, por tanto, la determinación de la vulneración del artículo 7 del CEDH se centra en la previsibilidad de la condena. De hecho, como señalan HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[413], *"[u]na importante proporción de las sentencias del Tribunal relativas al artículo 7 se refieren a la cuestión de si la aplicación de la ley al caso del demandante era previsible."*

Ya la STEDH en el caso Pessino contra Francia, de 10 de octubre de 2006, estimó la vulneración del principio de legalidad penal del artículo 7 del CEDH debido al cambio de interpretación jurisprudencial, en perjuicio del recurrente, ya que supuso la consideración como delictiva de una conducta que con anterioridad a dicho criterio jurisprudencial no lo hubiera sido. Razonamientos semejantes han sido seguidos posteriormente, entre otras, en las SSTEDH en los casos Dragotoniu y Militaru-Pidhorni contra Rumanía, de 24 de mayo de 2007 o Alimuçaj contra Albania, de 7 de febrero de 2012. También en la STEDH (GS) en el caso Del Río Prada contra España[414], de 21 de octubre de 2013, se consideró vulnerado el principio de legalidad penal por un cambio jurisprudencial, referido en ese caso a la interpretación del régimen de acumulación de penas y la reducción de penas por el trabajo.

1.2. Previsibilidad de la conducta delictiva

Se trata, como venimos comentando, de un elemento esencial en la valoración de las posibles conculcaciones del principio de legalidad. Como afirma la ya citada STEDH en el caso Kokkinakis contra Grecia *"la redacción de muchas*

[413] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018:494).

[414] El caso es notorio en nuestra doctrina. Se trata de una condenada a un total de más de 3.000 años de prisión por distintos delitos cometidos entre 1982 y 1987 como miembro de la banda terrorista ETA. A raíz de la denominada "doctrina Parot", establecida por el Tribunal Supremo, se produjo un cambio jurisprudencial en la interpretación del régimen de reducción de penas por el trabajo y el límite máximo de cumplimiento de penas impuestas en virtud del Código Penal de 1973 (el Código Penal de 1995 ya había previsto qué sucedía con los límites de cumplimiento cuando se acumulaban varias condenas), lo que suponía la excarcelación de la Sra. Del Río Prada casi nueve años más tarde de la fecha prevista inicialmente.

disposiciones no es absolutamente precisa. La necesidad de impedir una excesiva rigidez y posibilitar la adaptación a las circunstancias cambiantes significa que muchas leyes sean inevitablemente redactadas en términos que, en mayor o menor medida, sean vagos". Sin embargo –continúa- *"una infracción debe ser claramente definida por la ley. Esta condición es satisfecha cuando el individuo puede conocer a partir de la redacción de la disposición aplicable y, si fuera necesario, con el auxilio de la interpretación de la misma seguida por los tribunales, qué actos y omisiones implican responsabilidad penal."*

Como expone LANDA GOROSTIZA[415] *"el control de suficiencia respecto de la claridad y precisión en la definición de la infracción criminal se enfrenta desde la posición del Tribunal de Estrasburgo a peculiaridades impuestas por la necesidad de cohonestar distintas tradiciones jurídicas."* Se trata, especialmente, de la consideración a la que ya se ha hecho mención de la ley no escrita como medio de determinación de infracciones, lo que conduce a la necesidad de valorar la interpretación jurisprudencial seguida por los tribunales nacionales a la hora de desarrollar esa tipificación de infracciones. Es por ello que ese control de la determinación se traslada –como dijimos- hacia los conceptos de previsibilidad y accesibilidad. Para el autor anteriormente citado[416] *"[l]a previsibilidad de que la conducta está prohibida por la ley penal, o resulta punible a la luz de la interpretación de los tribunales, alude a un criterio normativo, ideal, de lo que es exigible al sujeto que luego es declarado responsable y condenado",* y continua *"[e]l criterio de previsibilidad puede verse satisfecho si la ley era cognoscible para la persona afectada que se hubiera asesorado legalmente de forma adecuada y en grado razonable según las circunstancias, para así poder medir las consecuencias que la conducta implicaba."* Pero respecto a tal previsibilidad GRABENWARTER[417] hace una consideración de significativo calado en el ámbito al

[415] LANDA GOROSTIZA, J. (2015: 311).

[416] LANDA GOROSTIZA, J. (2015: 312-314).

[417] GRABENWARTER, C. (2014: 180).

que se refiere este trabajo, señalando que *"[e]l alcance de los conceptos de previsibilidad y accesibilidad depende en un grado considerable del texto en cuestión, el ámbito que está llamado a atender y el número y condición de aquellos a quienes está dirigido. Términos vagos, técnica o relativamente, que en general no resultarían lo bastante claros, pueden ser suficientemente determinados si son empleados en ámbitos especiales donde la ley es sólo aplicable a un limitado número de personas tales como las leyes disciplinarias de ciertos grupos profesionales, en el derecho penal económico o en previsiones sancionadoras de infracciones tributarias."* En apartados ulteriores se desarrollará más profusamente la cuestión de la previsibilidad de la conducta típica y, en particular, en relación con los elementos del injusto en las infracciones castrenses.

1.3. Prohibición de la analogía o interpretación extensiva

Otra de las manifestaciones del principio de legalidad es la prohibición de la interpretación analógica o extensiva en perjuicio del acusado. LANDA GOROSTIZA[418] y CASADEVALL[419] invocan al respecto varias SSTEDH en las que se aprecia la vulneración del artículo 7 del CEDH por parte del Estado turco. Se trata de casos en que los tribunales turcos interpretaban extensivamente la noción de autoría y, a partir de un razonamiento analógico, condenaban al editor de una publicación a la pena prevista para el redactor (SSTEDH en los casos E.K., de 7 de mayo de 2002, y Baskaya y Okçuoglu, de 8 de julio de 1999, ambos contra Turquía).

El propio precepto establece, en su apartado segundo, una excepción a esa prohibición de aplicación extensiva, o lo que puede estimarse como una flexibilización de la obligación de predeterminación legal de la infracción y de la pena, al permitir *"el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los*

[418] LANDA GOROSTIZA, J. (2015: 316).

[419] CASADEVALL, J. (2012: 319-320).

principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas." Se trata de una previsión de significada incidencia en el ámbito castrense debido a su inclusión en el denominado Derecho Internacional Humanitario o Derecho de los Conflictos Armados, significación que merece un análisis pormenorizado en un epígrafe específico.

1.4. Garantía penal

Resulta también consolidada la jurisprudencia del TEDH en cuanto a la inclusión de la garantía penal en el principio de legalidad proclamado en el artículo 7 del CEDH. Tal garantía exige que la sanción a imponer al responsable de una infracción de carácter penal se encuentre prevista legalmente y anudada a la comisión de la infracción en concreto. La formulación de esta garantía ha suscitado pronunciamientos del TEDH sobre diversas cuestiones.

En primer lugar, acerca del concepto mismo de sanción penal a considerar desde esta perspectiva. Según GARCÍA PÉREZ[420], *"para evaluar si estamos en presencia de una pena hay que comprobar si la medida que analizamos se impone tras una declaración de culpabilidad por la comisión de una infracción penal, es decir, si hay una condena.",* si bien añade otros criterios igualmente indicados por la jurisprudencia del TEDH como *"la naturaleza y la finalidad de la medida en cuestión, su calificación en el Derecho interno, así como los procedimientos vinculados a su adopción y ejecución y su gravedad".* Tanto CASADEVALL[421], como HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[422], analizando la STEDH en el caso Welch contra Reino Unido, de 9 de febrero de 1995, respecto a la orden de comiso de los bienes del infractor, consideran que había sido impuesta como consecuencia de una condena y, por ello, que, junto al fin preventivo y reparativo, tenía un propósito punitivo. Tal propósito podía desprenderse de ciertos

[420] GARCÍA PÉREZ, O (2019:300 y 301).

[421] CASADEVALL, J. (2012: 320).

[422] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 497).

indicadores: la suma a confiscar se establecía en relación con los beneficios obtenidos del tráfico de drogas, no con los beneficios totales; dicha cuantía podía verse afectada por la culpabilidad; y, podía acordarse la prisión en caso de impago. Todos esos elementos hacen que deba considerarse tal decomiso como pena a los efectos del artículo 7 del CEDH. Estos autores dejan, sin embargo, abierto el debate sobre la consideración como pena de las costas en los procesos penales o el internamiento en una institución de salud mental.

Otra cuestión controvertida es la relativa a la predeterminación de las normas sobre reincidencia. La STEDH en el caso Achour contra Francia, de 29 de marzo de 2006, analizaba la posible vulneración del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable al haberse aplicado al recurrente una agravante de reincidencia en virtud de un plazo ampliado por una reforma legal posterior a la condena por el primer delito. Como expone LANDA GOROSTIZA[423], *"[e]l TEDH no admite los motivos del recurrente, y alega que la reincidencia deriva exclusivamente de la comisión de un segundo delito. Delito que el Sr. Achour cometió estando vigente el nuevo Código penal, arriesgándose así a que se le aplicasen las disposiciones relativas a la reincidencia. Por ello, al dar por cumplidas las exigencias de accesibilidad y previsibilidad, el TEDH no aprecia violación del artículo 7 CEDH."*

Sin embargo -expone ese mismo autor[424]-, la aplicación del artículo 7 del CEDH no se extiende a *"decisiones en el ámbito de ejecución de las penas ni, incluso, a una modificación de las condiciones de suspensión de la ejecución que determinara una mayor duración de la pena privativa de libertad."* Pero alude a la STEDH (GS) en el caso Kafkaris contra Chipre, de 12 de febrero de 2008, en la que el TEDH estimó la vulneración del artículo 7 debido a la falta de previsibilidad de las normas chipriotas relativas al alcance y modo de ejecución de la pena de

[423] LANDA GOROSTIZA, J. (2015: 307).

[424] LANDA GOROSTIZA, J. (2015: 303).

cadena perpetua, aunque dicha pena estuviera claramente establecida por la ley para el delito en cuestión.

Como ya se mencionó, un detenido análisis sobre esa difícil distinción entre las normas referidas a la pena y las reguladoras del modo de ejecución de la misma se contiene en la STEDH (GS) en el caso Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013. En ella, tras señalarse que *"cuando la naturaleza y finalidad de la medida se refieren a la remisión de una condena o el cambio del régimen de excarcelación anticipada, no forman parte de la "pena" según el sentido del artículo 7",* se establece que *"el Tribunal no descarta la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la "pena" impuesta por el tribunal sentenciador. Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 in fine del Convenio."* Y considera que para llevar a cabo ese deslinde entre medida referidas a la forma de ejecución de la pena y medidas que afectan a su alcance, debe examinarse caso por caso lo que suponía realmente la "pena" impuesta en su momento, cuál era su naturaleza intrínseca.

2. ALCANCE DE LA PREDETERMINACIÓN LEGAL Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO EN LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES MILITARES

Como ya quedó apuntado, una cuestión de especial significación en el ámbito castrense es la referida a la concreción que resulte exigible a la norma que determina las conductas punibles. La naturaleza misma de las leyes penales y disciplinarias militares exige, en ocasiones, que las conductas punibles sean definidas en forma negativa, es decir como los actos contrarios a las disposiciones que rigen el funcionamiento de la institución y que,

consecuentemente, indican el desvalor que trata de castigarse. Ello supone una remisión a otras disposiciones, de distinto rango o concreción, lo cual puede cuestionar el principio de legalidad. Sobre tal extremo encontramos distintos pronunciamientos del TEDH.

Un ejemplo lo encontramos en la STEDH en el caso Vereinigung demokraticher Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria, de 19 de diciembre de 1994[425], que -al analizar si una restricción en el derecho a la libertad de expresión estaba prevista legalmente- declara que *"en materia de disciplina militar, no es concebible la redacción de disposiciones que describan en detalle los comportamientos sancionables. Las autoridades pueden verse obligadas a recurrir a fórmulas más extensas. En ese caso, es necesario que éstas otorguen una protección suficiente contra la arbitrariedad y permitan prever las consecuencias de su aplicación."*

La STEDH (GS) en el caso Grigoriadis contra Grecia, de 25 de noviembre de 1997[426], tras invocar la doctrina de la necesaria precisión de la ley para que el enjuiciado pueda conocer anticipadamente las consecuencias de su conducta, afirma que *"[e]s cierto que el artículo 74 del Código Penal Militar griego estaba formulado en términos muy amplios. No obstante, en opinión del Tribunal, se ajustaba a los estándares señalados anteriormente. El sentido ordinario de la palabra «insulto» -que es similar a la expresión «ofensa»- permitía al recurrente haber tenido claro el riesgo de incurrir en una sanción penal",* denegando con

[425] Aborda, en síntesis, el recurso de una asociación de militares y de uno de sus miembros en relación con la falta de autorización para la distribución en las unidades militares de una publicación editada por dicha asociación y la impugnación por dicho miembro -el Sr. Gubi- de distintas disposiciones que restringían ese derecho.

[426] Se trata del caso de un ciudadano griego que durante la realización de su servicio militar como oficial de la reserva resulta sancionado disciplinariamente con la prolongación de su servicio militar por dirigir quejas a sus superiores en las que denunciaba presuntos abusos cometidos contra soldados de reemplazo. Durante ese tiempo de prolongación de su servicio militar, abandona su unidad y remite una carta a sus superiores en la que, en síntesis, criticaba la institución militar, con acusaciones de coartar la libertad de los individuos y abocar a los jóvenes a la violencia. Sería condenado por un tribunal militar a las penas de un año y ocho meses de prisión por un delito de deserción y tres meses de prisión por un delito de insultos al ejército, con una pena global de un año y diez meses de prisión. La condena por el delito de deserción fue anulada en apelación, manteniéndose la impuesta por insultos al ejército, la cual fue también confirmada por el tribunal de casación.

tales argumentos la vulneración del artículo 7 del CEDH en una decisión acordada por el voto unánime de los magistrados de la Gran Sala.

Cabe hacer particular mención al voto concurrente formulado por los jueces Bernhardt y Wildhaber. Invocan jurisprudencia anterior del propio Tribunal en virtud de la cual la atribución legal de una facultad discrecional exige que el ámbito y modo de ejercicio esté suficientemente clarificado, lo cual puede extenderse al problema de la vaguedad de los términos legales, proponiendo al respecto que *"[u]na ley que emplee términos genéricos o confiera una facultad discrecional no es en sí misma contraria al requisito de la suficiente precisión y previsibilidad, siempre que los términos empleados no sean demasiado vagos y que el ámbito de la discrecionalidad y la forma de su ejercicio sean indicados con suficiente claridad, atendiendo a la legitimidad del propósito perseguido, para otorgar la adecuada protección individual frente a la misma."* No puede decirse que tal postulado solvente definitivamente la cuestión, pero sí aporta un elemento que considero significativo como es la apreciación del propósito que con esa vaguedad o generalidad pretende conseguirse y, por otro lado, la exigencia de que se otorgue una protección suficiente del individuo frente a la misma. Así, en el ámbito castrense, no podrá negarse la accesibilidad y previsibilidad que exige el principio de legalidad si la conducta punible resulta contraria a normas estatutarias o incluso usos que, por su incidencia en principios inherentes a la condición militar, resultan de común conocimiento por quienes comparten dicha condición, exigiéndose, además, que se dote de suficientes garantías al militar, tanto en la adopción de la resolución punitiva, como en la posterior posibilidad de impugnación de la misma.

Nuevamente frente al Estado griego recaería la STEDH en el caso Larissis y otros, de 24 de febrero de 1998, en la que se analiza la condena impuesta en mayo de 1992 por un tribunal militar a tres oficiales de la fuerza aérea griega por delitos de proselitismo. Los recurrentes alegaban que la legislación griega que castigaba los actos de proselitismo empleaba términos tan ambiguos y vagos que impedía conocer previamente las conductas constitutivas de tales delitos. El

Tribunal rechaza esa pretensión atendiendo a su doctrina, expuesta en la STEDH en el caso Kokkinaki de 25 de mayo de 1993, donde había estimado ajustados dichos tipos al artículo 7 del CEDH debido a su consideración conjunta con la doctrina jurisprudencial de los tribunales griegos seguida en la aplicación de los mismos, lo que permitía la necesaria accesibilidad y previsibilidad de la conducta sancionable.

Otro caso es el analizado por la DTEDH en el caso Ainsworth contra Reino Unido, 22 de octubre de 1998. Se trata de la condena de separación del servicio impuesta por una *court martial* a un teniente de los *Royal Marines* británicos por delitos de conducta en perjuicio del buen orden y de la disciplina militar, en concreto por negligencia en la supervisión de las disposiciones establecidas en el consumo de alcohol en la denominada *Troop Party,* celebrada en el centro de entrenamiento en el que se encontraba destinado como jefe de unidad, y que derivó en el fallecimiento de un recluta menor de edad. El recurrente alegaba que su tropa había sido instruida, de acuerdo con las disposiciones aplicables, acerca de la prohibición del consumo de alcohol por menores y que en el recinto de la fiesta se sirvieron bebidas sin alcohol. Además, señalaba que unos años antes los oficiales de la unidad habían adoptado una política de "mirar a otro lado" con el consumo de alcohol por menores, lo que hacía imprevisible para él el reproche penal de su inacción, aportando cuarenta declaraciones de antiguos o actuales oficiales de los *Royal Marines* señalando la generalidad de ese comportamiento. El TEDH, partiendo del concepto de legalidad establecido en su propia jurisprudencia precedente, considera que el elemento que se debate en este supuesto es el de la previsibilidad, no cuestionándose por el recurrente su responsabilidad sobre la tropa que acudía a la fiesta y su conocimiento previo de las disposiciones que regían la conducta de los oficiales al respecto. Por ello, *"no se considera que la interpretación alternativa del recurrente en el sentido de que una política de "mirar hacia otro lado" por parte de los "oficiales al mando" respecto al consumo de alcohol por menores, demuestre una "derogación implícita" de las disposiciones aplicables de la Ley de 1955 o de la CTC RM y la*

CTW Standing Orders, cuyas previsiones el recurrente no cuestiona que se encontraban en vigor en junio de 1992", lo que conduce a la inadmisión del recurso.

Coincido en esa interpretación seguida por el TEDH por cuanto considero que, desde la óptica del principio de legalidad, no puede asemejarse la generalidad o abstracción de las disposiciones que rigen un determinado ámbito -como pudiera ser el castrense- y su consiguiente remisión a normas de rango no legal e incluso a estipulaciones no escritas, con la posibilidad de que esas normas estatutarias o "costumbres" de la institución puedan derogar las estipulaciones establecidas. Esos usos institucionales podrían llegar a afectar a la valoración de la conducta, en su caso, en sede de culpabilidad (grado de imprudencia), pero no desde la perspectiva del principio de legalidad.

Como señalábamos al comienzo de este apartado, resulta frecuente en el ámbito penal y disciplinario militar la tipificación de infracciones que incluyen elementos normativos o conceptos cuya valoración exige acudir a normas de rango no legal o incluso a reglas de conducta no escritas, propias de la institución. La DTEDH en el caso Sîrghi contra Rumanía, de 13 de diciembre de 2011, traslada esta cuestión a un contexto en el que resulta frecuente la apreciación de la negligencia a partir de disposiciones o instrucciones de carácter no legal, como es el de los riesgos laborales. Se sometía al TEDH la condena por homicidio imprudente impuesta a un militar rumano por la inobservancia de las disposiciones en materia de seguridad en el trabajo. Según el recurrente, la sentencia dictada en última instancia establecía la obligación del condenado de aplicar unas disposiciones de seguridad en el trabajo que resultaban inexistentes en ese ámbito de actividad. Sin embargo, el TEDH admite la interpretación seguida por el tribunal de apelación considerando la aplicación al caso de las disposiciones generales de seguridad en el trabajo en ausencia de disposiciones específicas, máxime cuando, respecto de la previsibilidad, el propio recurrente admite que solían ser observadas dichas reglas en el lugar de trabajo por él y sus compañeros. Y afirma: *"Si el recurrente admite adecuar su comportamiento a*

reglas no escritas y costumbres, no puede, argumentando su ilegalidad, denegar la aplicación de esas reglas cuando las mismas determinan su responsabilidad". Y concluye: *"[l]as anteriores consideraciones son suficientes para llevar al tribunal a concluir que las reglas sobre seguridad, junto a las costumbres desarrolladas y aplicadas de forma regular en el lugar de trabajo, constituían una legislación accesible y previsible que permitía al recurrente anticipar que sus actos le harían penalmente responsable."* Bajo estas premisas cabe apreciar que las instrucciones u órdenes de servicio e incluso las costumbres que determinan las denominadas normas de comportamiento de los militares o los protocolos o normas operativas adoptadas para el desarrollo de sus actividades pueden constituir, a juicio del TEDH, elementos válidos para apreciar la accesibilidad y previsibilidad de una conducta típica.

De significación análoga pueden estimarse los argumentos expuestos en la STEDH en el caso Pasko contra Rusia, de 22 de octubre de 2009. En ella se valoraba la condena impuesta por un tribunal militar ruso por revelación de secretos de Estado. El condenado y recurrente alegaba que la Constitución rusa imponía que la lista de materias clasificadas debía aprobarse por una disposición federal, lo cual no sucedió de manera efectiva hasta la entrada en vigor de la revisión de la Ley de Secretos de Estado, el 9 de octubre de 1997, por lo que su condena por revelación de secretos vulneraba el principio de legalidad. El TEDH va a rechazar su pretensión argumentando que *"la Ley de Secretos de Estado de 21 de julio de 1993 establecía una lista de categorías de información que debían ser clasificadas como secreto, la cual fue suplementada por el Decreto Presidencial nº 1203 de 30 de noviembre de 1995, estableciendo el listado de la información clasificada como secreto con suficiente precisión –ambos documentos eran publicablemente accesibles permitiendo al recurrente prever las consecuencias de sus actos-, lo que constituía una base legal suficiente para satisfacer los derechos del recurrente establecidos en el artículo 10 del Convenio en relación con el periodo entre el 11 de septiembre y el 8 de octubre de 1997."*

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA

Como ya se anticipó, la previsión del apartado 2 del artículo 7 resulta de una incuestionable incidencia en el ámbito jurídico castrense al referirse a la aplicación del denominado Derecho Internacional de los Conflictos Armados.

Señala CASADEVALL[427] que *"esta disposición fue incluida en el Convenio para salvar la posibilidad de perseguir y castigar a los criminales de guerra, autores de crímenes contra la humanidad, de colaboración con el enemigo y de traición, cometidos durante la última guerra mundial y, aun sin decirlo expresamente, se remite a los principios establecidos por los tribunales de Nuremberg y Tokio".* Para HARRIS, O´BOYLE y WARBRICK[428], si bien el propósito de este precepto era permitir el enjuiciamiento de esos crímenes tras la Segunda Guerra Mundial, *"[e]n Kolk y Kislyiy contra Estonia, el artículo7.2 fue tomado con un alcance más extenso al ser aplicado por el Tribunal a crímenes contra la humanidad cometidos en el periodo inmediato de posguerra."*

La aplicación de este precepto ha generado una importante jurisprudencia del TEDH, no sólo por la relevancia histórica de los hechos analizados, sino también por la incidencia jurídica que los postulados emanados han supuesto en la construcción progresiva del Derecho Internacional Humanitario. Haremos mención a las resoluciones de mayor significación.

---

[427] CASADEVALL, J. (2012: 323). Este autor recoge la crítica de Van Dijk y Van Hoof (VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G. J. H. [1998] *Theory and practice of the European convention on human rights.* Kluwer Law Int.) respecto a la difícil conciliación de esa disposición con el sistema del Convenio, pues el principio de legalidad es un derecho de los que no puede suprimirse siquiera en tiempos de guerra.

La "flexibilización" del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional ha sido ampliamente debatida. Entre los estudios más recientes pueden citarse: LLEDÓ VÁSQUEZ, R. I. (2016). *El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional* [Tesis]. http://hdl.handle.net/10016/22904; BACIGALUPO ZAPATER, E. (2021) "Delitos de estado contra la humanidad y principio de legalidad internacional" en MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (coord.) *El Derecho Penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar* (pp. 411-420) o HUERTAS DÍAZ, O. (2015). "La prescripción frente a la legalidad en el derecho internacional. La legitimación del derrumbe de la legalidad." *Ambiente Jurídico, nº. 17*, pp. 95-123.

[428] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018:500).

Encontramos varias sentencias del TEDH referidas a los procesos seguidos en varios de los países surgidos -o, mejor, resurgidos- tras la escisión de la URSS, en los cuales se llevó a cabo el enjuiciamiento de conductas consideradas como crímenes de guerra cometidos durante la era de dominación soviética o incluso anteriormente, con ocasión del proceso de anexión de esos países por la URSS.

Es el caso de la STEDH (GS) en el caso Kononov contra Letonia, de 17 de mayo de 2010[429]. La sentencia dictada en primer lugar por la Sección[430] apreció, por un ajustado resultado de cuatro votos frente a tres, la vulneración del artículo 7 del CEDH en favor del Sr. Kononov. Sin embargo, la Gran Sala revocaría esa decisión, estimando que no existía tal vulneración y que las condenas de los tribunales nacionales eran respetuosas con el CEDH. Parte de la consideración de que los dos apartados del artículo 7 del CEDH deben interpretarse de manera concordante, siendo el propósito de su segundo apartado el de especificar que el principio de legalidad no incidía en las leyes establecidas al final de la II Guerra Mundial para el castigo de los crímenes cometidos durante la misma, pudiéndose, además, considerar la definición de crímenes de guerra incluida en el Tratado de

[429] Aborda el análisis de la condena impuesta en el año 2000 a un miembro del ejército soviético por crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial. En concreto, los hechos imputados se referían al 27 de mayo de 1944, cuando el condenado habría liderado una unidad que habría entrado en la localidad de Mazie Bati, sacando de sus casas a varios habitantes y dándoles muerte cuando se encontraban desarmados e indefensos y sin juicio alguno. Posteriormente -en 2003- dicha condena sería revisada estableciéndose que los hechos no podían calificarse como crímenes de guerra al tratarse de la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal militar *ad hoc* contra los colaboradores con el ejército nazi, lo que justificaría la muerte de seis hombres. Sin embargo, condenaba al acusado por la muerte de tres mujeres y la quema de varias casas como actos de bandidaje. Esta sentencia sería impugnada y anulada, siendo condenado finalmente por crímenes de guerra.

Todo el proceso ha de contextualizarse dentro del proceso de independencia de Letonia, iniciado el 4 de mayo de 1990 cuando el Consejo Supremo de la República Socialista Soviética de Letonia declaró la restauración de la independencia de la República de Letonia y la ilegalidad y nulidad de la ocupación soviética de 1940, restituyendo la constitución de 1922. Tras dos intentos fallidos de golpe de Estado, el 21 de agosto de 1991 se aprobó un nuevo texto constitucional y la plena independencia de la República de Letonia. El 22 de agosto de 1996, el Parlamento letón aprobó la Declaración de ocupación de Letonia, donde se definía como "ocupación militar" e "ilegal incorporación" la anexión de Letonia por parte de la URSS en 1940 y la posterior reposesión al finalizar la Segunda Guerra Mundial como "restablecimiento de un régimen de ocupación".

[430] STEDH de 24 de julio de 2008.

Nuremberg como meramente declaratoria de las leyes y costumbres internacionales tal y como eran conocidas en 1939.

El análisis de la sentencia se centra en la doble función que contiene el artículo 7.1: en primer lugar, examinar la existencia, en el momento de los hechos, de una base jurídica suficientemente clara para la condena del demandante por crímenes de guerra; y, en segundo lugar, la accesibilidad y previsibilidad en la definición legal de tales delitos con el grado suficiente para que el demandante pudiera haber sabido, en el momento de su conducta, qué actos y omisiones determinarían su responsabilidad penal.

El TEDH estima que la condena se basó principalmente en disposiciones de Derecho Internacional y que es a ese contexto legal al que debe atenderse. Así, conforme al Derecho Internacional vigente en 1939 -posteriormente consolidado en los Convenios de La Haya- podía otorgarse al recurrente el estatuto jurídico de "combatiente", con el consiguiente derecho a atacar, como parece que hicieron los tribunales nacionales a pesar de que el uso, tanto por él como por su unidad, del uniforme enemigo (el del ejército alemán) derivaría en la pérdida de ese estatuto. También resulta de lo actuado que se otorgó el estatuto de "combatientes" a los aldeanos atacados. Bajo esa premisa, los aldeanos debieron ser tratados como prisioneros de guerra, lo que impedía su tortura o su ejecución sumaria. En el supuesto de considerar a los aldeanos como "civiles", aun cuando la distinción entre el estatuto de estos y el de los "combatientes" constituyó una de las piedras angulares en la codificación posterior del Derecho Humanitario, puede afirmarse que en 1944 era una norma consuetudinaria que los civiles sólo podían ser atacados mientras tomaran parte directa en las hostilidades. Por tanto, si existía la sospecha de que esos civiles habían colaborado como informadores de la administración militar alemana, debían ser arrestados y sometidos a un juicio justo ante tribunales civiles o militares, siendo su ejecución sin juicio contraria a los derechos y usos de la guerra.

Para la Gran Sala -como ya manifestara la Sección en su sentencia-, queda fuera de su competencia el pronunciamiento acerca de la legalidad de la incorporación de Letonia a la URSS en 1940, pero estima que tampoco resulta relevante. Si bien en 1944 era necesario un nexo con un conflicto internacional para perseguir los crímenes de guerra[431], la operación que aquí se enjuicia se llevó a cabo por la supuesta colaboración de los aldeanos con el ejército alemán en su enfrentamiento con el ejército soviético, de manera que existía un conflicto internacional.

También se cuestiona el TEDH si en 1944 existía una responsabilidad individual por crímenes de guerra. Para ello hace un recorrido histórico por la evolución de la codificación de estos crímenes, desde el Código Lieber[432] hasta los Convenios de Génova de 1864, 1906 y 1929, pudiendo afirmar que en 1939 las disposiciones de Derecho Humanitario contenidas en el Convenio de La Haya de 1907 eran reconocidas por todas las naciones civilizadas y que las violaciones de esas disposiciones constituían delitos imputables a los individuos. Considera que la responsabilidad del comandante deriva de la dejación del debido control de sus subordinados, más que como responsabilidad por la acción de otros. Se trata de un consolidado principio de Derecho Internacional consuetudinario y también de una previsión generalizada en los textos constitutivos de tribunales internacionales.

Partiendo de ese estado normativo, estima válida la consideración como tales crímenes de guerra de las lesiones o asesinatos efectuados con perfidia, entendiendo por tal el uso de técnicas que conduzcan al enemigo a considerarse fuera de peligro, por ejemplo, mediante el empleo de uniformes enemigos.

[431] Como se analizará más adelante, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados internos no fue impuesta expresamente sino hasta la aprobación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

[432] Así se ha denominado al conjunto de instrucciones aprobado por Abraham Lincoln en 1863 para regir el comportamiento de los soldados del ejército de la Unión durante la Guerra de Independencia americana. Sobre la relevancia de dicho Código en la génesis del Derecho Internacional Humanitario: BURRUS M. CARNAHAN (1998). "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity"*, American Journal of International Law*, V. 92, Nº 2, pp. 213-231.

También los cometidos contra las mujeres, particularmente las embarazadas; o los ataques a localidades indefensas. Aunque pudiera admitirse la versión del acusado de que solo ejecutó una resolución de un tribunal relativa a los partisanos, no puede admitirse que se hubiera dado un juicio justo a estos al imponerles penas en ausencia y sin su participación en el juicio.

Respecto a la prescripción, en 1944 no existía ninguna previsión acerca de la prescripción de los crímenes de guerra, pero tampoco ninguna limitación temporal para el enjuiciamiento de los mismos, de modo que podían ser juzgados. Resulta particularmente interesante a los efectos de este estudio la argumentación seguida por el TEDH en relación con los conceptos de accesibilidad y previsibilidad predicables respecto a las leyes y usos de la guerra por parte de un comandante militar. Señala el TEDH, de acuerdo con lo afirmado en su sentencia en el caso Pessino contra Francia de 10 de octubre de 2006, que *"el alcance del concepto de previsibilidad depende en gran medida del contenido del instrumento de que se trate, del ámbito que está destinado a abarcar y del número y la situación de las personas a las que va dirigido. Las personas que ejercen una actividad profesional deben proceder con un alto grado de cautela al ejercer su profesión y cabe esperar que tengan especial cuidado al evaluar los riesgos que dicha actividad conlleva."* Reitera la consideración, comúnmente aceptada hoy, de que ni tan siquiera un soldado raso debe una obediencia absoluta y ciega a las órdenes que infrinjan flagrantemente no sólo el Derecho interno, sino también los derechos humanos internacionalmente reconocidos, especialmente el derecho a la vida como valor supremo en la jerarquía de los derechos humanos. Sin embargo, mi contraargumentación aquí es que esa orden, en el contexto en el que se produce (situación de conflicto armado, encuadramiento en el ejército de un régimen totalitario, etc.) pudiera ser valorada como circunstancia exculpante -total o parcial- en cuanto inexigibilidad al sujeto activo de una conducta distinta[433].

[433] Sin que quepa adentrarse en la cuestión de la inexigibilidad de la conducta como causa de exculpación, puede citarse a algunos autores al respecto. Así, señala MIR PUIG (MIR PUIG, S. [2016] *Derecho Penal.*

Además, la sentencia se adentra también en la cuestión de la legalidad y la sucesión de Estados, cuestión a la que nos referiremos posteriormente.

En ese mismo contexto de "depuración" de responsabilidades por los crímenes cometidos en el curso de la ocupación soviética de las repúblicas bálticas debe enmarcarse una resolución anterior, la DTEDH en el caso Kolk y Kislyiy contra Estonia de 17 de enero de 2006[434]. El principal argumento de los recurrentes versaba sobre la falta de tipificación de los delitos contra la humanidad en el momento en que sucedieron los hechos, no estando previstos ni en el código penal soviético (aplicable en Estonia en aquel tiempo) ni en el Derecho Internacional. Sin embargo, el TEDH rechaza sus consideraciones. Parte del hecho de que la ocupación soviética de la República de Estonia en 1939 supuso la imposición de la legislación de la URSS en ese Estado y su anulación para suscribir acuerdos internacionales, entre ellos el Convenio para la no aplicabilidad de límites estatutarios a los crímenes de guerra y contra la humanidad de 1968, que fue suscrito por Estonia una vez recobrada su independencia en 1991. Respecto a los hechos objeto de la condena, señala el TEDH que *"[e]l régimen comunista totalitario de la Unión Soviética llevó a cabo acciones sistemáticas y a gran escala contra la población estonia, incluyendo, por ejemplo, la deportación de unas 10.000 personas el 14 de junio de 1941 y de más de 20.000 el 25 de marzo de 1949."* Y recuerda que *"aunque los actos cometidos por los recurrentes pudieran haber sido considerados como legales de acuerdo con la ley soviética aplicable en aquel momento, no obstante fueron condenados por los tribunales estonios por constituir crímenes contra la humanidad de acuerdo con la ley internacional vigente en el momento de su*

Parte general. 10ª edición, Reppertor, p. 619) que *"[u]n Derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría."* MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. [2019] *Derecho Penal. Parte general. 10ª edición*, Tirant lo blanch, p. 369-370), por su parte, establecen que *"[e]l Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere, por ejemplo, realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física."*

[434] Los recurrentes son dos condenados por su participación, en marzo de 1949, en las deportaciones masivas de ciudadanos estonios a zonas remotas de la entonces URSS.

comisión", por lo que, siendo la URSS signataria de la Carta del Tribunal de Nuremberg y miembro de las Naciones Unidas en esos años, no puede entenderse que esas disposiciones de Derecho Internacional fueran desconocidas en relación con los hechos, recordando, además, la inaplicabilidad del plazo de prescripción a los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la fecha en que fueran cometidos.

En el mismo marco histórico se sitúan los hechos de las SSTEDH (GS) en los casos Vasiliauskas contra Lituania, de 20 de octubre de 2015 y Drelingas contra Lituania, de 12 de marzo de 2019. En ellas se valora la adecuación al CEDH de las condenas impuestas a antiguos miembros del KGB por actos llevados a cabo en el periodo subsiguiente a la ocupación soviética de Lituania[435]. El debate, tanto en sede de apelación en los tribunales nacionales como ante el TEDH, giraba en torno a una cuestión trascendental para la configuración del delito de genocidio: si las conductas habían sido ejecutadas por la pertenencia de las víctimas a un grupo político -lo que conducía a su calificación como delito de genocidio- o, por el contrario, sin esa motivación específica, lo que negaba esa calificación y determinaba que los hechos debieran estimarse prescritos.

[435] Concretamente, en el primero de los casos se condenó al demandante como autor de genocidio por el asesinato de dos partisanos sin posibilidad de defensa ni enjuiciamiento y, en el segundo, por la captura, tortura y condena de dos líderes de la resistencia partisana.

En el caso Vasiliauskas, el Tribunal Regional de Kaunas por sentencia de 4 de febrero de 2004 condenó al Sr. Vasiliauskas y a una cómplice por su participación en un delito de genocidio. El 15 de septiembre de 1951 habrían llevado a cabo una operación, como miembros del servicio secreto soviético de Lituania, para la captura y eliminación de dos hermanos pertenecientes a la resistencia partisana. El Tribunal señalaba que se trataba de la participación *"en la exterminación física (asesinato) de habitantes de Lituania que pertenecían a un grupo político separado y que participaban en la resistencia contras las fuerzas ocupantes soviéticas".*

En el caso Drelingas, tras la recuperación de la independencia de Lituania, por sentencia del Tribunal Regional de Kaunas del 12 de marzo de 2015 el Sr. Drelingas fue condenado como de cómplice de genocidio por su participación en la operación del 11-12 de octubre de 1956 que condujo a la captura de A.R. "Vanagas" y su posterior tortura, condena a muerte y ejecución, así como la captura de su esposa B.M. "Vanda" y posterior condena a deportación a un *gulag* soviético en Siberia. La sentencia señalaba que en los casos donde la intención era exterminar parte de un grupo protegido esa parte debía ser suficientemente significativa para tener un impacto en la supervivencia del grupo protegido en su conjunto, destacando que los partisanos lituanos eran representativos de la nación lituana y, por tanto, representativos de un grupo nacional.

En sus fundamentos de derecho la sentencia analiza, remitiéndose a la doctrina sentada en el caso Jorgic contra Alemania[436], si el término "destruir", que constituye un elemento del delito de genocidio, puede interpretarse como equivalente de destrucción física o como referido a la destrucción de un determinado grupo social y -en lo que aquí interesa- si una u otra interpretación resultaban previsibles en el momento de la comisión de los hechos. Reitera la premisa de que ni siquiera un soldado está obligado a una ciega obediencia a órdenes que atenten flagrantemente contra los derechos humanos internacionalmente reconocidos (ya expuesta con anterioridad en las SSTEDH (GS) en los casos K. H. W. contra Alemania de 22 de marzo de 2001 o Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania de la misma fecha) y que la práctica estatal de tolerancia o encubrimiento de delitos castigados por las leyes internacionales y el sentido de impunidad que ello pueda producir en los autores no impiden que sean llevados

[436] STEDH de 12 de julio de 2007. Esta sentencia ya fue objeto de análisis en relación con el artículo 6 del CEDH. Como se señaló, se trata del caso de un ciudadano bosnio, de origen serbio, condenado por tribunales alemanes por delito de genocidio por la matanza de musulmanes en la región de Doboj, en 1992, durante la guerra de la antigua Yugoslavia.

En lo referente al principio de legalidad, el TEDH analiza si la interpretación de los tribunales alemanes referida al crimen de genocidio puede entenderse adecuada a tal principio, en particular en lo relativo a la expresión "intención de destruir", establecida por el Derecho interno alemán. Los tribunales internos alemanes consideraron que "la intención de destruir" requerida en el delito de genocidio por el código penal alemán, no requiere una destrucción en sentido físico o biológico, sino una intención del autor de acabar con el grupo en cuestión como unidad social. Esa interpretación no solo encontraba apoyo en muchas posiciones doctrinales sostenidas en el momento de la comisión del crimen, sino también en la Resolución 47/121 de 18 de diciembre de 1992 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El condenado alegaba ante el TEDH que el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés), en sus sentencias en los casos el fiscal contra Krstić y el fiscal contra Kupreškić y otros, disintió expresamente de esa amplia interpretación del concepto "intención de destruir" establecida por la Asamblea General de Naciones Unidas considerando que dicho delito, como era definido en el Derecho Internacional Público, comprendía únicamente los actos dirigidos a la destrucción física y biológica de los grupos protegidos. Sin embargo, el TEDH considera que el recurrente no puede invocar esas interpretaciones como justificaciones de la vulneración del principio de legalidad pues, siendo posteriores a los hechos, no podían ser conocidas en el momento en el que fueron ejecutados los mismos.

La cuestión a dilucidar en relación con el principio de legalidad es si el recurrente, en el momento de la comisión de los hechos, podía concebir, con la pertinente asistencia legal en su caso, que sus acciones eran constitutivas de delito de genocidio. Circunscrito así el debate, el TEDH considera que el autor de los hechos, en el momento de su realización, pudo razonablemente prever el riesgo de ser acusado y condenado como autor de genocidio por sus actos, particularmente atendida la gravedad y duración de los mismos: varios asesinatos y la detención y tortura de un importante número de personas durante un periodo de varios meses como líder de un grupo paramilitar que perseguía una política de limpieza étnica.

ante la justicia. Esas consideraciones llevan al TEDH a estimar que la prohibición de genocidio resultaba suficientemente accesible al recurrente.

De mayor significación considero el debate en cuanto a la posible exclusión de los grupos políticos y económicos de las categorías protegidas por el delito de genocidio. El tribunal recoge el debate que ello ha propiciado en la doctrina, llegando algunos autores a señalar que esa exclusión era propiciada por la política soviética. Sin embargo, a pesar de ese debate, para el TEDH la definición codificada de genocidio continuó manteniéndose en unos límites restringidos que no permiten concluir que la definición de genocidio establecida en 1953 incluyera la protección de los grupos políticos. Además, las declaraciones del recurrente al tiempo de los hechos se referían a acciones contra "bandidos", "subversión nacionalista" o "bandas nacionalistas" por lo que, incluso aunque esa voluntad de exterminio se extendiera a esos grupos y a quienes les ayudaban o sus contactos, se admite por el tribunal que las acciones del recurrente estaban dirigidas al exterminio de los partisanos como un grupo separado y claramente identificable, caracterizado por su resistencia armada al poder soviético. Todo ello lleva al TEDH a estimar el recurso por considerar que no se trataba de un delito de genocidio y, por ende, no resultaba de aplicación el artículo 7.2 del CEDH.

No obstante, existen cuatro votos discrepantes en la sentencia en lo relativo a la cuestión de la inclusión de los partisanos en la esfera de protección del delito de genocidio (existe otro más, referido a cuestiones formales). El primero, suscrito de forma conjunta por cuatro magistrados (Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris), señala que *"sería excesivamente formalista que este Tribunal apreciara a los partisanos únicamente bajo el prisma de un "grupo político" y terminara su análisis en esa fase, sin examinar la afirmación de que esas mismas personas eran, simultáneamente, miembros de otros grupos que se mencionan en el artículo II de la Convención sobre el Genocidio",* entendiendo que el objetivo de la destrucción de los partisanos era incidir en la supervivencia del grupo nacional o étnico en su conjunto. Consideran los magistrados discrepantes que no puede aceptarse que un grupo protegido (una nación), que se defiende

contra su propia destrucción como tal a través de un movimiento de resistencia, se transforme en un "grupo político" por tal acto de resistencia, quedando al margen de la protección de la Convención del genocidio y del propio CEDH. También señalan que en 1953, cuando se produjeron los hechos objeto de enjuiciamiento, no existía jurisprudencia sobre la interpretación del término "en parte" -referido a las acciones encaminadas a la destrucción parcial de un grupo de los previstos en la Convención sobre genocidio-, pero que esa falta de interpretación no puede derivar en la falta de penalidad, pues ello conduciría también a negar cualquier acto de genocidio hasta 1998 -a excepción del Holocausto-, ya que hasta entonces ningún órgano judicial había condenado ninguna acción como tal (Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Jean-Paul Akayesu, de 2 de septiembre de 1998).

El segundo de los votos discrepantes, emitido por el magistrado Ziemele, destaca que *"la esencia del genocidio es la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido y la imposición de otro patrón",* existiendo documentación que acredita suficientemente que esa fue la pretensión de la política soviética en Lituania. Para este magistrado la cuestión capital en torno a la inclusión de los partisanos lituanos como grupo protegido por el delito de genocidio es su relevancia como parte de un grupo nacional perseguido por razones políticas, sociales o, en cualquier caso, motivos discriminatorios, considerando, además, que se aparta de su propia doctrina seguida en el caso Kononov contra Letonia. Los otros dos votos discrepantes son emitidos individualmente por los magistrados Power-Forde y Kūris únicamente para aclarar algunos extremos respecto al emitido conjuntamente, al que se ha hecho referencia.

Cabe extraer de los fundamentos de esta sentencia y de sus votos discrepantes la dificultad que conlleva la aplicación del principio de legalidad en los supuestos de crímenes de guerra, pues la interpretación del TEDH no puede quedar restringida a los elementos del principio de legalidad (accesibilidad y previsibilidad), sino que requiere la valoración de elementos fácticos que condicionan la calificación jurídica de los hechos como pertenecientes o no a la

categoría de crímenes de guerra, con la consiguiente incidencia en el régimen de su prescripción.

En el caso abordado por la DTEDH en el caso Ould Dah contra Francia, de 17 de marzo de 2009[437], el Tribunal concluye que, resultando admisible el ejercicio de la justicia universal en los casos de actos de tortura -de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984-, el Estado en cuestión está legitimado para aplicar sus leyes penales a esos supuestos, prescindiendo de las del lugar de comisión del hecho (Mauritania aprobó en mayo de 1993 una ley de amnistía que impedía el enjuiciamiento de los actos en los que había participado el Sr. Ould Dah), máxime cuando tales leyes nacionales resultan acordes con disposiciones del Derecho Internacional que deben considerarse como estipulaciones de *ius cogens* encaminadas a la protección frente a la tortura y los tratos inhumanos.

3.1. Crímenes de guerra y sucesión de Estados

Ya adelantamos la incidencia de la sucesión de Estados en esta materia, pues es habitual que dicha sucesión pueda verse precedida por un conflicto bélico. Ello incide en el principio de legalidad debido a la posible duplicidad de ordenamientos jurídicos coexistentes durante el trance de esa sucesión.

Resulta de especial significación respecto a esta cuestión la STEDH (GS) en el caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, de 22 de marzo de 2001[438]. La

[437] Analiza la condena en Francia a un militar mauritano por torturas cometidas con ocasión de los conflictos en su país entre noviembre de 1990 y abril de 1991.

[438] En septiembre de 1993 el Tribunal Regional de Berlín condenó a los Srs. Streletz y Kessler como responsables de varios delitos de inducción al homicidio de personas comprendidas entre 18 y 28 años que intentaban cruzar la frontera de la Alemania del Este hacia la parte Occidental. Los condenados, como altos cargos del Partido de la Unidad Socialista Alemán, habían formado parte del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática de Alemania, órgano responsable de establecer las normas de control de fronteras de las que derivaban las órdenes dirigidas a los guardias encargados de repeler los intentos de evasión a la República Federal Alemana con la fuerza que fuera necesaria, incluso la letal, en el período entre 1971 y 1989. El tercer recurrente, Sr. Krenz, fue condenado en agosto de 1997 por el homicidio de cuatro jóvenes que intentaron cruzar la frontera hacia la Alemania Occidental entre 1984 y 1989 siendo abatidos por los guardias de la frontera, habiendo participado el condenado en decisiones del

principal alegación de los recurrentes era que habían actuado conforme a la Ley de Policía Popular y la Ley de Fronteras Estatales vigentes en la República Democrática de Alemania (RDA) en el momento de los hechos, no siendo perseguidos en ese país por su actuación. El Tribunal Regional de Berlín consideró que esos argumentos no podían ser acogidos por infringir *"preceptos elementales de justicia y derechos humanos protegidos por la ley internacional".* El Tribunal Federal de Justicia estimó que, en el momento de los hechos, una correcta interpretación de las disposiciones invocadas por los recurrentes impedía acoger sus argumentos de sujeción a la legalidad vigente, pues la propia Constitución de la RDA y las obligaciones emanadas de la ley internacional mostraban la ilicitud de sus conductas. Por último, el Tribunal Constitucional Federal señaló que sostener tales argumentos resultaba contrario a las propias premisas del Estado de derecho.

Para el TEDH no se trata aquí de un problema de sucesión de normas, pues esa cuestión estaba claramente resuelta en el Tratado para la Unificación Alemana de 31 de agosto de 1990. En atención al mismo, los delitos debían ser juzgados conforme a la ley vigente en el momento de los hechos y en el lugar de su comisión, posibilitándose la aplicación de la ley penal de la República Federal cuando resultara más benigna al reo. El TEDH considera que existía una contradicción flagrante entre las disposiciones de la RDA y la legislación de la RDA (tanto su Constitución como el resto de la legislación en la materia eran muy similares a las de cualquier Estado de derecho) y la práctica represiva seguida por la policía fronteriza en ejecución de las órdenes dispuestas para proteger la frontera, lo que incluía una omisión en la persecución de los hechos protagonizados por los recurrentes. No puede hablarse, a juicio del TEDH, de falta

---

Consejo Político y del Consejo de Defensa Nacional, describiendo detalladamente la sentencia la cadena de mando seguida a partir de las instrucciones de estos órganos y la actuación de los guardias que dispararon a los evasores. En una instancia posterior se modificaron las condenas aplicando el código penal de la República Federal de Alemania, al estimar que era más favorable a los condenados.

De la misma fecha es la STEDH en el caso K. H. W. contra Alemania, referida al recurso formulado por un soldado de la guardia de fronteras de la Alemania Oriental condenado por esos mismos hechos.

de previsibilidad de la infracción pues, dada la posición política que los recurrentes ocupaban en la RDA, cabe establecer que conocían las normas tanto nacionales como internacionales que se estaban contraviniendo con la política de fronteras, implantada en gran medida por ellos mismos. Por otro lado, señala el TEDH, que una práctica que vulnera de modo tan flagrante el primero de los derechos humanos -como es el derecho a la vida- no puede verse amparada en ningún caso por el artículo 7 del CEDH, pues cualquier ley con ese contenido no puede ser tenida por tal a los efectos de dicho precepto; lo contrario iría contra el objeto y propósito del precepto.

CASADEVALL[439] recoge una visión crítica de esta sentencia cuando expone: *"El profesor Van Drooghenbroeck plantea sus dudas sobre la innovadora argumentación del TEDH usada en la sentencia, virtualmente portadora —según él— de consecuencias para otros Estados miembros del Consejo de Europa. Cree que habría sido más simple que el Tribunal construyera su razonamiento directamente sobre la excepción prevista en el párrafo 2 del mismo artículo (excepción implícitamente presente en varios párrafos de la sentencia), pero constata la dificultad técnica que le habría supuesto salvar la reserva emitida por la República Federal Alemana en el momento de la ratificación del Convenio en el año 1952"*[440].

De un modo más directo aborda esa cuestión de la sucesión de Estados y su incidencia en el principio de legalidad la STEDH en el caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius contra Lituania, de 19 de febrero de 2008[441]. En su demanda ante

[439] CASADEVALL, J. (2012: 322).

[440] La obra a la que se refiere CASADEVALL, y que cita en su bibliografía, es: VAN DROOGHENBROECK, S. *Trois années de jurisprudence de la CEDH 1999-2001*. Larcier. (Les dossiers du journal des tribunaux 39).

La reserva introducida por la RFA era del siguiente tenor: *"sólo se aplicarán las disposiciones del párrafo 2 del artículo 7 del Convenio dentro de los límites del párrafo 2 del artículo 103 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. La cual establece que cualquier acto sólo es punible si el mismo lo era por ley anterior a la comisión del delito".*

[441] Se somete al TEDH la adecuación de los enjuiciamientos seguidos en ese país, tras su independencia de la URSS en 1991, contra dirigentes del partido comunista pro soviético (escisión del partido único que gobernó la república soviética de Lituania durante su pertenencia a la URSS). Los procesos -denominados

el TEDH los recurrentes sostenían que les fueron aplicadas retroactivamente disposiciones no vigentes en el momento de los hechos, argumentando que, debido a la situación de revuelta generada, el gobierno lituano había acordado una moratoria legislativa. El gobierno lituano, por su parte, consideraba que esa moratoria estaba condicionada a un inicio de negociaciones que nunca tuvo lugar. El TEDH rechaza cualquier vulneración del principio de legalidad ya que la definición de los tipos delictivos resultaba clara al momento de la comisión de los hechos. El nuevo Gobierno ya había establecido su legislación y los condenados podían predecir la ilegalidad de su conducta, no sólo en su condición de líderes políticos, sino como cuestión de sentido común que ni tan siquiera requería asesoramiento legal. De hecho, uno de los condenados lo fue por su complicidad en asesinato agravado y lesiones, delitos castigados de forma continuada a lo largo de todo el periodo en cuestión.

Con mayor rotundidad lo expone la STEDH (GS) en el caso Kononov contra Letonia, de 17 de mayo de 2010, cuando señala que *"es legítimo y previsible que un Estado sucesor entable un proceso penal contra las personas que hayan cometido delitos en virtud de un régimen anterior y que no se puede criticar a los tribunales sucesores por aplicar e interpretar las disposiciones jurídicas vigentes en el momento de los hechos bajo el anterior régimen",* y destaca que ello resulta especialmente atendible cuando se trata de la protección del derecho a la vida, como supremo valor en la jerarquía de los derechos humanos, lo que implica, de acuerdo con el artículo 2 del CEDH, la obligación de los Estados parte de establecer previsiones legales que castiguen aquellas conductas que pongan en peligro la vida.

"procesos del 13 de enero" en alusión a los trágicos acontecimientos acaecidos en esa fecha- determinaron la condena de tales dirigentes, el 23 de agosto de 1999, por delitos de incitación pública al derrocamiento por la fuerza de la soberanía del Estado y de creación o participación en actividades de organizaciones anti estatales, derivados del hecho de la intervención del ejército soviético en Lituania con el propósito de impedir la independencia. Las condenas fueron mantenidas en la segunda instancia, si bien se limitaron los actos objeto de reproche a los acaecidos con posterioridad al 10 de noviembre de 1990, fecha en la que había sido modificado el código penal para recoger la conducta de realizar actos contrarios a la soberanía del Estado lituano. También se anuló la condena de uno de los demandantes respecto a determinadas infracciones que debían entenderse prescritas.

3.2. La incidencia del principio de legalidad en los conflictos armados no internacionales

Como señala SUÁREZ LEOZ[442], *"la lucha armada en el interior de las comunidades humanas es probablemente la más antigua de las formas conocidas de guerra",* indicando que *"encontramos ya desde el siglo XVIII autores y juristas que defendían la aplicación de las reglas de la guerra en lo que denominaban guerras civiles".* Sin embargo, destaca el autor, que *"no se imponía ninguna obligación jurídica a los Gobiernos de aceptar o autorizar esas actividades humanitarias en su territorio, o de aplicar total o parcialmente las leyes de la guerra o los Convenios de Ginebra entonces vigentes en caso de conflicto armado interno".* No sería hasta la aprobación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 cuando se establecería una exigencia jurídica para la observancia de unas disposiciones mínimas con independencia del carácter internacional o no del conflicto. Como afirma el citado SUÁREZ LEOZ[443], se trata *"de reglas que son aplicables a toda persona por su carácter de principios fundamentales y que, como ha afirmado el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia relativa al asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua, de 26 de junio de 1986, se caracteriza por ser una norma de ius cogens, de origen consuetudinario".*

Resulta de interés aquí la incidencia del principio de legalidad en los denominados conflictos no internacionales desde la perspectiva del CEDH. Así, la STEDH en el caso Korbely contra Hungría, de 19 de septiembre de 2008[444],

[442] SUÁREZ LEOZ, D. (2017) "Conflictos armados sin carácter internacional y derecho internacional humanitario: normativa aplicable", en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coordinadores), *Derecho Internacional Humanitario* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, p. 972.

[443] SUÁREZ LEOZ, D. (2017:979).

[444] Analiza la condena de un ex oficial húngaro por la muerte de varios rebeldes durante la revolución de 1956 en ese país.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial en 1945, Hungría se alineó con la URSS, instaurándose una república socialista dirigida por un partido comunista único, bajo el gobierno autoritario de Mátyás Rákosi. El progresivo deterioro de las condiciones de vida y limitación de derechos desencadenó una revuelta estudiantil el 23 de octubre de 1956 que, tras su dura represión, produjo una adhesión de otros grupos

permite una aproximación a estos casos. Una vez más el TEDH va a centrar su análisis en la concurrencia de los conocidos elementos de accesibilidad y previsibilidad.

Respecto de la accesibilidad, estima el TEDH que concurrió de manera suficiente en el recurrente, puesto que, además de la aprobación en 1954 de un Decreto Ley húngaro que proclamó los Convenios de Ginebra, en 1955 se llevó a cabo su publicación oficial íntegra y por parte del General Jefe del Estado Mayor se ordenó la publicación de los mismos en la Gaceta Militar, junto a una sinopsis de su contenido, el 5 de septiembre de 1956. Resulta particularmente relevante la significación que el TEDH otorga a la publicación en un diario oficial del ámbito

---

sociales como trabajadores y sectores disidentes del Ejército. La revuelta se extendió por todo el país y el gobierno húngaro solicitó el apoyo de la URSS, que desplegó sus fuerzas en Hungría. En pocos días las hostilidades se apaciguaron, estableciéndose un alto el fuego el 28 de octubre, sustituyéndose a Rákosi por Nagy, quien prometió próximas reformas. El 4 de noviembre, ante la continuidad de focos de resistencia, la URSS invadió Hungría reprimiendo a los rebeldes con violencia hasta su eliminación el 10 de noviembre. Tras ello, el nuevo gobierno de János Kádár terminó con toda oposición política y Hungría permanecería bajo influencia soviética hasta la caída de la URSS en 1991.

En 1993 el Parlamento húngaro aprobó una disposición que, de acuerdo con el Convenio de las Naciones Unidas para la no aplicación de límites estatutarios a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, permitía la persecución de ciertos actos cometidos en el curso de la citada revolución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Hungría declaró inconstitucional parte de dicha disposición por entender que, no existiendo esa previsión en la legislación interna en el momento de cometerse los hechos, había de limitarse su aplicación al concepto de crímenes de guerra y contra la humanidad establecido por el Derecho Internacional, modificándose la ley aprobada. Atendida la definición de crimen contra la humanidad establecido por el Derecho Internacional en el momento de los hechos (el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 no establece un concepto de conflicto armado no internacional, sino que dicho concepto es establecido en el Protocolo Adicional II de 1977, posterior a los hechos), el tribunal militar de Budapest en que se seguía el proceso contra el recurrente señaló que los hechos ocurridos en la revolución húngara de 1956 no se adecuaban a tal concepto, estimando prescritos los delitos que resultarían imputables (homicidio e inducción al homicidio). Nuevamente el Tribunal Constitucional declararía la inconstitucionalidad de la ley aprobada, estimando que el concepto de crimen de guerra o contra la humanidad debía ser el establecido por el Derecho Internacional. Partiendo de ello, el tribunal militar de Budapest, consideró que no podían aplicarse los crímenes de guerra o contra la humanidad al no tratarse de un conflicto armado de carácter no internacional, lo que determinaba la prescripción de los delitos imputables. Esa conclusión fue confirmada en apelación. Sin embargo, en una revisión contra esa apelación, el Tribunal Supremo húngaro determinó que *"un conflicto armado de carácter no internacional estuvo en curso en el país desde el 23 de octubre de 1956 en adelante, durante el tiempo en que las fuerzas armadas de la dictadura actuaron contra la población, y hasta que el país fue ocupado por el ejército de la Unión Soviética el 4 de noviembre, momento a partir del cual el conflicto se hizo internacional."* De este modo estimaba aplicable los delitos por crímenes de guerra y contra la humanidad. Remitido el caso al tribunal militar de primera instancia, celebrada la correspondiente vista, se condenó al acusado por diversos crímenes contra la humanidad, con aplicación de la ley penal vigente en el momento de la sentencia por estimarla más favorable que la existente en el momento de los hechos. Posteriormente la sentencia sería revisada en apelación, imponiéndose como condena final la de prisión de cinco años, con una reducción amparada en las leyes de amnistía, pena no susceptible de suspensión.

castrense y la inclusión de un extracto explicativo de unas disposiciones legales, lo cual conecta con la obligación de difusión del Derecho Internacional Humanitario impuesta a los Estados parte en los cuatro Convenios de Ginebra[445].

En lo atinente a la previsibilidad, el TEDH indica que los tribunales húngaros basaron su condena fundamentalmente en la vulneración de las normas de *ius cogens* de Derecho Internacional, al margen de si los Convenios de Ginebra habían sido debidamente implementados por Hungría en el momento de los hechos, por lo que ha de analizarse si los hechos eran susceptibles de ser calificados como delitos contra la humanidad de acuerdo con el concepto establecido en aquel momento y si podía entenderse que uno de los líderes rebeldes era una persona que no participaba activamente en las actividades, con el fin de aplicar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Para el TEDH, atendido el estado de las cosas en 1956, la estimación de un hecho como delito contra la humanidad requería también que no se tratara de un hecho aislado o esporádico, sino que debía formar parte de una "acción o política de Estado" o de un ataque amplio y sistemático contra la población civil, cuestión no analizada por los tribunales nacionales. Tampoco admite el TEDH la visión de los tribunales húngaros relativa al carácter de no combatiente del líder rebelde Tamás Kaszás, lo que impide calificar su muerte como un delito contra la humanidad, concluyendo que no existía previsibilidad en que los actos del recurrente constituyeran delito contra la humanidad en el momento de su comisión, estimando por ello el recurso.

Con esta argumentación el TEDH pone claramente de manifiesto la relevancia otorgada a la progresión del Derecho Internacional Humanitario referido a los conflictos no internacionales y como sus diferentes estadios pueden incidir en la apreciación del principio de legalidad, particularmente en la irretroactividad no favorable.

[445] Artículos 47 del I Convenio de Ginebra, 48 del II Convenio de Ginebra, 127 del III Convenio de Ginebra y 144 del IV Convenio de Ginebra, así como los artículos 83 del Protocolo Adicional I y 19 del Protocolo Adicional II.

3.3. Predeterminación legal de los tipos penales relativos al Derecho Internacional Humanitario

La DTEDH en el caso Van Anraat contra Países Bajos, de 4 de diciembre de 2009[446], pese a inadmitir el recurso formulado, aporta argumentos de interés en esta materia. Así, frente al argumento del recurrente de la falta de precisión de las conductas punibles en la ley aplicable al momento de los hechos, el TEDH expone que *"es una consecuencia lógica del principio de aplicación general de las leyes que la redacción de las normas no siempre sea concreta. Una de las técnicas habitualmente empleadas por las normas es utilizar categorizaciones generales en lugar de listas exhaustivas. La elección de la técnica legislativa, sin embargo, es competencia reservada del legislador interno; en principio, escapa al escrutinio del Tribunal."* El TEDH indica, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, la posibilidad de que la disposición de un tratado internacional se transforme en costumbre internacional. Bajo esa premisa, desde el Protocolo de Génova de 1925 sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos y su evolución posterior (Convención sobre armas biológicas de 1972, o la Convención sobre armas químicas de 1993), puede desprenderse la existencia de una costumbre internacional referida a la prohibición de su uso, reforzadas en este caso por las repetidas condenas de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en relación con el uso de armas químicas en la guerra Irán-Iraq. Tampoco resultaría admisible el alegato de que se trataba de un conflicto interno en territorio iraquí, pues aún en ese caso pesaría la obligación dispuesta en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la prohibición de ataques contra la población civil.

[446] Se sometía a revisión la condena de un ciudadano neerlandés por la venta de sustancias químicas (thiodiglycol) a Iraq, empleadas para la fabricación de gas mostaza.

En términos semejantes va a pronunciarse la DTEDH en el caso Šimšić contra Bosnia y Herzegovina, de 10 de abril de 2012[447]. Si bien los actos objeto de condena no constituían crímenes contra la humanidad en el Derecho interno hasta su tipificación en 2003, resulta evidente que eran considerados como tales por la ley internacional, concurriendo todos los elementos típicos: los actos fueron cometidos en el contexto de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil y su autor era consciente de ese ataque. Frente al alegato del Sr. Šimšić de que no pudo prever que su actuación constituía delito, el TEDH pone el foco en su condición de policía y sostiene que *"las personas que ejerzan una actividad profesional deben proceder con un alto grado de cautela en el ejercicio de su profesión y cabe esperar que tengan especial cuidado en la evaluación de los riesgos que dicha actividad conlleva."* Tal conclusión resulta acorde con la previsión, en muy diversos instrumentos jurídicos, de específicos tipos delictivos relativos a la vulneración del Derecho Internacional Humanitario caracterizados por la condición del sujeto activo (delitos especiales propios). En nuestro Derecho interno, además de la previsión establecida en el artículo 9 del Código Penal Militar español[448], encontramos en otras disposiciones obligaciones referidas a

[447] Se trata del recurso de un ex policía condenado en 2007 por crímenes contra la humanidad, cometidos contra la población bosniaca del área de Višegrad (Bosnia) durante 1992.

[448] Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre:

"Artículo 9.

1. Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código.

2. Asimismo son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como:

a) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

b) Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional.

3. El límite máximo de las penas establecidas en el Código Penal para los delitos previstos en el apartado segundo de este artículo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o

esa especial exigibilidad de la observancia del Derecho Internacional Humanitario por los miembros de las Fuerzas Armadas o de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tales como el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas[449] (aplicable a los integrantes de la Guardia Civil en la forma establecida en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil), exigibilidad que guarda estrecha relación con la obligación -ya comentada (ver nota 440)- que imponen los Convenios de Ginebra sobre la difusión del contenido de los mismos y la necesidad de instruir al personal militar acerca de su observancia[450].

funcionarial del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito".

[449] Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

"Artículo 6. Reglas de comportamiento del militar.

1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:

[…]

Quinta. Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos.

[…]

Duodécima. Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión".

[450] Sobre esta cuestión resulta de singular relevancia la obra de OLÁSOLO ALONSO, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional.* Valencia: Tirant lo Blanch.

4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A MEDIDAS CAUTELARES DE NATURALEZA PENAL

Aunque pudiera establecerse cierto paralelismo entre las penas y las medidas cautelares, es evidente su distinción y, diferenciándose en su propósito, distintas serán también las condiciones para su ejercicio[451].

La ya remota STEDH en el caso Lawless contra Irlanda (nº 3), de 1 de julio de 1961, abordaba el análisis –en lo que aquí interesa- de la adecuación al artículo 7 del CEDH de la legislación adoptada por el gobierno de Irlanda para hacer frente a la violencia del IRA generada a comienzos de 1939, cuando dicha organización declaró la "guerra contra Gran Bretaña"[452]. En concreto, el señor Lawless alegaba la vulneración del artículo 7 del CEDH por el hecho de que la modificación de la citada ley entró en vigor el 8 de julio de 1957, produciéndose su detención el 11 de julio de ese año, lo que evidenciaba que al firmar su orden de detención el Ministro del Interior había tenido en cuenta hechos anteriores a la entrada en vigor de la disposición. El TEDH, acogiendo la argumentación invocada por la Comisión -a la que se adhirió el Gobierno irlandés-, señala que *"el Gobierno irlandés detuvo a G.R. Lawless en virtud de la Ley de delitos contra el Estado (enmienda) de 1940, con el único fin de impedirle participar en actividades perjudiciales para la preservación de la paz y el orden públicos o la seguridad del Estado; que su detención, al tratarse de una medida preventiva, no puede considerarse derivada de una declaración de culpabilidad por una infracción penal en el sentido del artículo 7 (art. 7) del Convenio; que de ello se deduce que*

[451] Sobre el fundamento de las medidas cautelares penales pueden consultarse, entre otras muchas, las obras: PUJADAS TORTOSA, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso.* Marcial Pons; y MARTÍN RÍOS. M.P. (2016) *Medidas cautelares personales. Detención, libertad provisional y prisión preventiva.* Juruá.

[452] Concretamente trataba de valorar la facultad conferida por la *Offences against the State Act* (1939) de efectuar detenciones sin juicio. El 23 de junio de 1939, nueve días después de la entrada en vigor de la norma, el IRA fue declarado una organización ilegal y se llevó a cabo la detención de unas 70 personas. Uno de los detenidos impugnó su arresto, declarándose ilegal por el Tribunal Supremo y ordenándose la libertad del detenido por aplicación del proceso de *habeas corpus*. Ello motivó la modificación de la disposición aplicada y el otorgamiento de poderes al Ministro del Interior para acordar detenciones sin juicio, cuya aplicación fue implementada en los momentos de mayor actividad del IRA, por ejemplo en julio de 1957.

el artículo 7 (art. 7) no tiene ninguna relación con el caso de G.R. Lawless; que, por lo tanto, el Gobierno irlandés al detener a G.R. Lawless en virtud de la Ley de 1940 no violó la obligación establecida en el artículo 7 (art. 7) del Convenio".

Resulta reiterada y constante la jurisprudencia del TEDH[453] declarando que, en relación con la exigencia de establecer remedios jurídicos efectivos frente a las violaciones de derechos, el artículo 5.4 del CEDH, que establece el derecho a formular recurso ante un órgano judicial en los casos de privación de libertad, constituye *lex specialis* frente a la general previsión del artículo 13, resultando, por tanto, de aplicación preferente. También ha declarado ese criterio de especialidad del artículo 5 cuando la controversia se produce con el artículo 8 del CEDH -configurador del derecho a la protección de la vida privada y familiar- (SSTEDH en los casos Storck contra Alemania, de 16 de junio de 2005; o Ashingdane contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985).

Es decir, lo que se desprende de toda esta doctrina es que las medidas cautelares no quedan sometidas al principio de legalidad, sino que los supuestos y condiciones para su aplicación dependerán de la naturaleza de las mismas y de la afectación, en su caso, a derechos y libertades reconocidos en el CEDH, como sucede en el caso de las detenciones respecto al derecho establecido en el artículo 5 del CEDH, cuya valoración habrá de efectuarse en relación con tales preceptos. En el concreto caso de las privaciones de libertad, atendiendo a ese criterio de especialidad, resultará preferente la aplicación de las disposiciones del artículo 5 a las del artículo 7.

[453] Por citar las más relevantes y recientes, SSTEDH (GS) en los casos Nikolova contra Bulgaria, de 25 de marzo de 1999; Navalnyy contra Rusia, de 15 de noviembre de 2018; Georgia contra Rusia (I) de 3 de julio de 2014; Mozer contra la República de Moldavia y Rusia de 23 de febrero de 2016; Khlaifia y otros contra Italia, de 15 de diciembre de 2016.

5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EJECUCIÓN DE LAS PENAS. SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE, EN PARTICULAR EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS ANUDADAS A UNA PENA O SANCIÓN

5.1. Principio de legalidad y ejecución de las penas

Como se indicó en el primer apartado de este capítulo, la jurisprudencia del TEDH resulta indubitada acerca de la inclusión de la denominada garantía penal en el principio de legalidad proclamado por el artículo 7 del CEDH. Sin embargo, el alcance de dicha garantía plantea ciertas cuestiones en lo referido a la ejecución de las penas y su sometimiento al requisito de la legalidad, particularmente -como quedo apuntado- en cuanto a la aplicabilidad de las modificaciones en la regulación de esa ejecución.

A este respecto la STEDH (GS) en el caso Kafkaris contra Chipre, de 12 de febrero de 2008 establece una *"distinción entre una medida que constituye en esencia una «pena» y una medida que concierne a la «ejecución» o «aplicación» de la «pena». En consecuencia, cuando la naturaleza y el propósito de una medida se refieran a la remisión de una condena o a un cambio en un régimen de libertad anticipada, ello no forma parte de la «pena» con el significado del artículo 7."* Bajo tales premisas, parece que la distinción en la práctica entre los supuestos de modificación de una pena y aquellos en los que únicamente se introduce una variación en la ejecución de las mismas, no parece del todo sencilla. La cuestión puede resultar de mayor complejidad en el concreto ámbito castrense en el que, como veremos, la imposición de la pena, además de la ejecución de la misma, puede dar lugar a otras medidas que, careciendo de naturaleza estrictamente penal, se encuentran anudadas a la condena.

Sobre la concreta cuestión de la retroactividad de las leyes reguladoras de las penas y relacionada con el concreto ámbito castrense, merece mención la STEDH (GS) en el caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina, de 18 de julio de 2013. Los recurrentes fueron condenados por crímenes de guerra, con

aplicación retroactiva de un código penal aprobado con posterioridad a los hechos que se consideró más benévolo en su penalidad ya que el código vigente en el momento de los hechos preveía, para los crímenes de guerra más graves, la pena de muerte, pena esta no contemplada por el código aplicado. Sin embargo, señala el TEDH, ninguno de los recurrentes fue declarado penalmente responsable de muertes, por lo que los delitos por los que fueron condenados claramente no pertenecían a esa categoría de los crímenes de guerra más graves. De hecho, uno de ellos recibió la pena más leve prevista y el otro una pena levemente superior al límite inferior previsto en el código aplicado para los crímenes de guerra. En tales circunstancias resultaba de particular relevancia qué código preveía la pena más leve respecto del límite mínimo y este era, indudablemente, el vigente en el momento de los hechos. Y termina señalando el TEDH que *"no puede decirse con certeza que los recurrentes habrían recibido unas condenas inferiores si hubiera sido aplicado el anterior código (en contraste con las SSTEDH en los casos Jamil contra Francia, 8 de junio de 1995; Gabarri Moreno contra España, de 22 de julio de 2003; Scoppola, citada anteriormente). Lo que resulta crucial es, sin embargo, que los recurrentes pudieron haber recibido una condena inferior si hubiera sido aplicado ese código"* y señala que incluso las salas de apelación del Estado en cuestión habían optado por la aplicación del código de 1976 -en lugar del de 2003- con el objetivo específico de aplicar las reglas de la pena más leve. Por ello, en la medida en que la aplicación retroactiva del código de 2003 permitía una penalidad contraria a los intereses de los recurrentes, resultaba vulnerado el artículo 7 del CEDH. El TEDH rechaza además que resulte aplicable aquí la excepción de la irretroactividad establecida en el artículo 7.2, pues el mismo no es sino una clarificación establecida para excluir cualquier duda acerca de la validez de los enjuiciamientos de los crímenes de guerra de la Segunda Guerra Mundial.

En mi opinión, esta cuestión resulta inoperante en nuestro ordenamiento por la virtualidad de lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal, cuando prevé la

audiencia del reo en casos de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, si bien existen supuestos en la práctica no exentos de dudas[454].

5.2. Ejecución de medidas administrativas derivadas de una pena o sanción

A menudo la imposición de una condena penal puede conllevar la adopción de medidas en otros ámbitos jurídicos, surgiendo la cuestión de si tales medidas han de quedar sometidas a la garantía penal que deriva del principio de legalidad. Esa cuestión no ha resultado ajena al TEDH. La STEDH (GS) en el caso Ilnseher contra Alemania, de 4 de diciembre de 2018, trata de establecer unos parámetros en orden a poder determinar cuándo debe entenderse aplicable el artículo 7.1 del CEDH a estos efectos.

Recapitulando los principios generales proclamados respecto al artículo 7, señala que para establecer la protección dispensada por dicho precepto, el tribunal debe ir más allá de las apariencias y valorar si una medida en particular constituye una pena con el alcance del artículo 7 del CEDH. Esa valoración ha de partir de si la medida en cuestión se impuso en virtud de una "infracción penal" y de otros valores relevantes, como la caracterización de la medida en el Derecho interno, su naturaleza y finalidad, el procedimiento seguido en su constitución e implementación, y su severidad. Las específicas condiciones de ejecución pueden resultar relevantes para valorar tanto la severidad, como la naturaleza y propósito de la medida y, por tanto, su consideración como pena. Una particular dificultad es la referida a si esas condiciones deben ser apreciadas al momento de la adopción de la medida o en cada uno de los momentos posteriores de su vigencia. Ello conduce a plantear también si cabe aplicar la irretroactividad de las disposiciones no favorables en la ejecución de esas medidas o únicamente

[454] Un acertado apunte de la cuestión en: GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. (2019) *La selección de la ley penal más favorable en sucesión de normas en un supuesto de acumulación de condenas: la STS 606/2018, de 28 de noviembre,* Diario La Ley, Nº 9347.

procederá cuando las mismas deban ser calificadas como penas a los efectos del artículo 7.1 del CEDH.

Recordando la argumentación expuesta en la SETDH en el caso W.P. contra Alemania, de 6 de octubre de 2016, señala que *"en algunos casos excepcionales, especialmente si la legislación nacional no califica una medida como sanción y si su finalidad es terapéutica, un cambio sustancial, en particular en las condiciones de ejecución de la medida, puede retirar la calificación inicial de la medida como sanción en el sentido del artículo 7 del Convenio, aunque dicha medida se aplique en base a una misma orden".* Debe entenderse que ese cambio de calificación pudiera operar en sentido bidireccional, es decir, tanto para considerar como sanción una medida que inicialmente no se estimaba de tal naturaleza, como para apreciar que una sanción no merece tal calificativo a los efectos del artículo 7.1. La sentencia recopila varias resoluciones anteriores dictadas contra Alemania[455] y referidas a la prolongación de detenciones preventivas más allá del tiempo máximo legalmente establecido y su calificación a efectos del artículo 7.1 del CEDH. Así, en el caso M. contra Alemania, DTEDH de 18 de mayo de 1984, estimó que la detención preventiva establecida en el Código Penal alemán vigente en ese momento constituía una pena, dado que se llevaba a cabo en un módulo de la prisión separado y sin ningún desorden mental como condición para el mismo. En el caso Glien contra Alemania, STEDH de 28 de noviembre de 2013, el TEDH igualmente calificó como pena el régimen de detención preventiva establecido entre la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 2011 y la entrada en vigor, el 1 de junio de 2013, de la Ley de detención preventiva, al entender que no existía ningún cambio sustancial respecto al régimen observado

[455] La legislación alemana establecía un régimen de internamiento preventivo no considerado como una pena y, por tanto, excluido de la prohibición constitucional absoluta de la retroactividad penal. En sentencia de 4 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional Federal confirmó -en contra de lo resuelto por el TEDH- que ese internamiento preventivo no era una pena a los efectos de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Sin embargo, consideró que las disposiciones vigentes del Código Penal sobre la imposición y duración del internamiento preventivo, en su vigente configuración, no cumplían la exigencia constitucional de diferenciación entre medidas puramente preventivas de corrección y prevención, como el internamiento preventivo, y las penas, como las penas de prisión y por ello ordenaba al legislador que modificara las disposiciones sobre el internamiento preventivo del Código Penal para reflejar esa diferencia.

en el caso M. contra Alemania. En el caso Bergmann contra Alemania, STEDH de 7 de enero de 2016, el TEDH consideró que la detención preventiva debía seguir siendo considerada como pena a los efectos del artículo 7.1, si bien en el caso concreto, debido a que la detención se prorrogó para tratar el trastorno mental del detenido, su naturaleza y finalidad variaban de tal modo que no debía calificarse como pena a los efectos del citado artículo.

La Gran Sala estima que la redacción del artículo 7.1 no impide una interpretación del mismo en el sentido de que una medida pueda cambiar su forma de ejecución y, por lo tanto, sus características, durante su imposición. Establece una diferenciación entre lo que denomina "elementos estáticos" de la pena -principalmente aquellos vinculados directamente a la condena por una infracción penal- que no serían susceptibles de cambio durante el tiempo de ejecución de la medida, y "elementos dinámicos" o que pueden variar durante ese periodo, tales como la naturaleza, finalidad o severidad.

5.3. Su incidencia en el ámbito castrense, en particular en relación con las medidas administrativas anudadas a una pena o sanción

En el ámbito castrense -como en otros regímenes estatutarios- es frecuente que la imposición de una condena penal pueda conducir a la adopción de medidas de naturaleza administrativa, incluso cuando se trate de condenas impuestas por hechos no vinculados a la condición de militar. Por ello resulta de particular interés, a los efectos de este estudio, evaluar si, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, puede considerarse que este tipo de medidas ha de someterse a las exigencias del principio de legalidad establecido en el artículo 7 del CEDH.

En este orden de cosas, la DTEDH en el caso Aksoy contra Turquía, de 5 de diciembre de 2000, inadmite el recurso de un ciudadano turco frente a su expulsión del ejército por actos de insubordinación y conducta inmoral. Argumenta que *"el principio establecido en el artículo 7.1 del Convenio, referido a que las*

infracciones y las penas deben ser establecidas por ley, se refiere a condenas impuestas por cualquier acto u omisión que constituya una infracción prevista en la ley penal nacional. En este caso, el procedimiento impugnado por el recurrente era referido a cargos disciplinarios dirigidos en su contra, que conllevó su expulsión del ejército. El Tribunal considera que tal sanción no puede equipararse a la condena de una infracción con el significado del artículo 7 del Convenio. Consecuentemente, esa previsión del Convenio no puede ser aplicable al presente supuesto." Es decir, no considera que la sanción disciplinaria de expulsión del ejército constituya en sí misma una sanción penal amparada por el principio de legalidad del artículo 7 del CEDH. En idéntico sentido se pronuncian las DDTEDH de la misma fecha, en los casos Dal y Özen, Balci o Gündoğdu, todos ellos igualmente contra Turquía. Hago extensivos aquí los argumentos sostenidos en la crítica a la exclusión por parte del TEDH, a los efectos de la aplicación del artículo 6 del CEDH, del concepto de "materia penal" de diversas sanciones disciplinarias castrenses, en el sentido de que no puede estimarse que las sanciones son menos gravosas según el sujeto al que vayan dirigidas y que por ello quedan exentas de sujeción a los derechos reconocidos en el CEDH.

Como se señaló en el primer apartado de este capítulo, la aplicabilidad del artículo 7 del CEDH viene determinada por elementos tales como la imposición de la medida a consecuencia de una condena, su vocación punitiva (sin perjuicio de añadir un ánimo preventivo y/o reparativo) o su vinculación al grado de culpabilidad (entre otras, STEDH en el caso Welch contra Reino Unido, de 9 de febrero de 1995). Por ello, considero que aquellas medidas administrativas que puedan imponerse a los militares como consecuencia directa de una condena penal han de quedar sometidas a las garantías del principio de legalidad.

Al respecto resulta de interés la DTEDH en el caso Kalabalik contra Turquía, de 2 de febrero de 2016. Se trata de un teniente acusado de malversación que es condenado a pena de prisión de seis meses –transformada en pena de multa- y a la pérdida del empleo militar. El condenado cuestiona esta última pena puesto que, si bien la ley penal prevé la posibilidad de imposición de la pena de

separación del servicio anudada a la condena por determinados tipos de delitos -incluida la malversación-, la ley de personal militar excluye dicha consecuencia en el caso de la malversación menor, que fue la impuesta en este caso. Señala la resolución que *"[e]xiste entonces una cuestión de regulaciones superpuestas en dos ámbitos diferentes del derecho, a saber, el penal y el administrativo. Tal superposición puede conducir a una ambigüedad en cuanto a la interpretación de cada una de estas regulaciones en relación con la otra. En tal situación, corresponde a los tribunales aclarar la relación entre ambas regulaciones. No hay ninguna cuestión relativa al artículo 7 siempre que la interpretación adoptada pueda ser razonablemente prevista".* La decisión del Tribunal Militar de Casación turco se fundamentó en que la legislación administrativa no podía resultar preferente a la ley penal, de manera que en virtud de la previsión del Código Penal Militar el recurrente podía ser privado de su empleo militar incluso tratándose de un delito de malversación menor. Además, señala el TEDH, esa decisión se basó en un criterio de unificación de jurisprudencia establecido por el propio Tribunal Militar de Casación que fue objeto de publicación en la Gaceta Oficial y que, por ende, permitía que el recurrente, con el apropiado asesoramiento legal, pudiera prever las consecuencias de una condena penal por malversación.

No puede cuestionarse el sometimiento al principio de legalidad de las consecuencias derivadas directamente de la comisión de una infracción penal, por ejemplo, las penas accesorias en nuestro ordenamiento penal militar. Lo que resulta de mayor dificultad es la extensión del principio a las medidas adoptadas en otros ámbitos. Pensemos, por ejemplo, en la resolución del compromiso como consecuencia de una condena penal por la comisión de un delito común[456] o en el

[456] El artículo 118.4 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, establece: *"Por la imposición de condena por delito doloso y teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, podrá también resolverse el compromiso de los militares de complemento y de los militares de tropa y marinería durante los tres primeros años, previo expediente administrativo con audiencia del interesado".*

Para el resto de militares profesionales, la condena en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar por delito doloso o pena de prisión superior a un año por delito imprudente, supone la comisión de una infracción disciplinaria muy grave, que puede dar lugar a una sanción disciplinaria de separación del servicio, sometida al principio de legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 CE.

cese en el destino derivado de la imposición de una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas o de la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares, en concreto el del destino[457]. Cada uno de tales supuestos puede resultar diferente conforme a las premisas apuntadas por la jurisprudencia del TEDH. En los casos en los que esas medidas deriven directamente de la imposición de la condena, parece desprenderse que las mismas deberán someterse al principio de legalidad en todas las manifestaciones que han sido analizadas, muy particularmente en cuanto a la previsibilidad y accesibilidad. Sin embargo, cuando pueda establecerse que la medida adoptada no se deduce directamente de la pena impuesta, sino que tal pena es únicamente una de la circunstancias -junto a otras- que ha determinado su adopción, debe estimarse inaplicable el principio de legalidad, sin perjuicio de lo establecido por el Derecho nacional.

[457] El artículo 25.4 del Reglamento de destinos del personal militar profesional, aprobado por Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, establece: *"El militar cesará en su destino por cualquiera de las causas siguientes:*

[…]

f) Imposición de condena por sentencia firme que imposibilite para el ejercicio de las funciones propias del destino que se ocupe".

CAPÍTULO V

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR

SUMARIO: 1. El reconocimiento del derecho a la segunda instancia penal. Artículo 2 del Protocolo nº 7 al CEDH. 2. La adecuación de la legislación española al artículo 2 del Protocolo nº 7 en el ámbito de la jurisdicción militar. 3. La doctrina del TEDH acerca de la revisión en casación de sentencias absolutorias y su plasmación en la jurisprudencia de la Sala V. 4. Infracciones administrativas y su sometimiento a una segunda instancia judicial. El caso Saquetti Iglesias contra España y su posible incidencia en el ámbito disciplinario castrense.

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL. ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO Nº 7 AL CEDH.

Para LÓPEZ GUERRA[458] *"[e]l artículo 2.1 del Protocolo 7 añade una garantía procesal a las establecidas en el artículo 6 del Convenio, al reconocer a toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal el derecho a que su condena sea revisada por una jurisdicción superior."* Según CIRO MILIONE[459] *"[s]e trata de una formulación que, aparentemente, recalca el contenido del Art. 14.5 del PIDCP. No obstante, es posible apreciar la existencia de algunas*

[458] LÓPEZ GUERRA, L. (2021: 170).

[459] MILIONE, C. (2015:195).

diferencias sustanciales: por un lado, el Art. 2.1 del Protocolo se muestra algo más amplio por referirse a "toda infracción penal" y no sólo a los delitos; por otro, el segundo apartado introduce una serie de restricciones a esta misma previsión estableciendo que "este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución".

Resulta discutible que ha de entenderse por segunda instancia en el orden penal. Siguiendo a ÁLVAREZ RODRÍGUEZ[460] *"[l]a cuestión, que entronca con la naturaleza del proceso penal y con las garantías que deben rodear al mismo, gira en torno a dos posturas: la de aquellos que defienden la segunda instancia penal con todas las garantías (nuevo juicio) y la de aquellos que defienden que las garantías deben residir en primera instancia, sin perjuicio de una cierta revisión en segunda (juicio sobre el juicio)."* Para CIRO MILIONE[461] este derecho a la segunda instancia penal *"indica la posibilidad de que el objeto de un juicio penal pueda ser sometido a un segundo enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional distinto y superior del que conoció del caso en primera instancia. En este sentido, la doble jurisdicción en ámbito penal exige que el proceso se resuelva, por lo menos, en dos exámenes sucesivos y completos de la cuestión de fondo, en los que intervengan dos órganos judiciales distintos, que podrían proporcionar dos decisiones potencialmente diferentes, la segunda de las cuales prevaleciente sobre la primera."* Por su parte, ARANGÜENA FANEGO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ[462] indican

[460] ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2019) "Las condenas al Reino de España por vulnerar la garantía de inmediación en la segunda instancia penal" en MATIA PORTILLA, F.J. y DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (directores) *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 171-191.

[461] MILIONE, C. (2015:195).

[462] ARANGÜENA FANEGO, C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2023), "El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal (Artículo 2 P7)" en GARCÍA ROCA, F. J., SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M., *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (4a ed. corr.).* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 290.

que *"lo que exige el precepto es que el recurso que el legislador interno habilite permita que la «declaración de culpabilidad» y la «condena» sea objeto de reexamen."* Para estos autores el segundo de los términos no plantea problema, pero el primero admite dos formas de reexamen: *"[u]na completa, que incluiría una revisión de las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad, lo que requiere de un nuevo juicio con repetición de prueba, o bien una más restringida de manera que sólo abarque el examen de las inferencias realizadas."*

El TEDH ha estimado que los Estados miembros gozan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar ese derecho a la doble instancia. Así, afirma la STEDH en el caso Krombach contra Francia, de 13 de febrero de 2001: *"[l]a revisión por un tribunal superior de una condena o sentencia puede referirse tanto a cuestiones de hecho como de derecho o limitarse únicamente a cuestiones de derecho. Además, en algunos países, a veces se puede exigir al demandado que desee apelar que pida permiso para hacerlo."*

En cuanto al objeto, para GRABENWARTER[463] *"[l]a noción de "infracción penal" es idéntica a la establecida por el artículo 7 del Convenio, el cual se basa en la noción de "acusación penal" con el significado atribuido por el artículo 6. En consecuencia, el artículo 2 del Protocolo nº 7 se aplica también a los procedimientos disciplinarios y administrativos que se incluyan en el ámbito del artículo 6."* Esta observación resulta particularmente significativa en este estudio, pues conduce a considerar, de acuerdo con lo sostenido en el apartado 1 del capítulo III, que las sanciones disciplinarias castrenses han de quedar incluidas en el objeto de ese derecho.

Señala ese mismo autor que *"debido a la exigencia de una condena, no se aplica a los procedimientos en los que la persona en cuestión ha sido absuelta".* Además, como el precepto exige que haya sido condenado por un tribunal, *"en los*

[463] GRABENWARTER, C. (2014: 429).

casos en que la decisión en primera instancia haya sido adoptada por una autoridad administrativa, debe posibilitarse que sea revisada en dos niveles de jurisdicción por un tribunal independiente".

Respecto al ámbito subjetivo de este derecho, exponen ARANGÜENA FANEGO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ[464] que el mismo *"se reconoce exclusivamente respecto del condenado. No, en cambio, respecto del declarado absuelto como tampoco respecto de ningún sujeto que en el proceso ostente la posición activa en el ejercicio de la acción penal".* La redacción del precepto así lo contempla, pero considero que esa limitación puede resultar contraria al principio de igualdad de armas y, respecto a aquellos Estados miembros del Consejo de Europa que forman también parte de la UE, tal restricción puede resultar también contraria a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012[465], por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, traspuesta en nuestro ordenamiento a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Lo que en cualquier caso parece imponerse es que, en caso de contemplarse una segunda o ulterior instancia, las facultades que se reconozcan a las restantes partes distintas del condenado deben ser equiparables. Los citados ARANGÜENA FANEGO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ[466] niegan también la titularidad del derecho a la segunda instancia al responsable civil, pero sí la reconocen al inimputable al que le ha sido impuesta una medida de seguridad.

En cuanto a las excepciones previstas en el apartado 2 del artículo 2 debe tenerse en cuenta, en primer lugar, siguiendo a GRABENWARTER[467] que *"[e]l*

[464] ARANGÜENA FANEGO, C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2023: 282-283).

[465] El artículo 10 de dicha Directiva dispone: *"Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Cuando una víctima menor haya de ser oída, se tendrán debidamente en cuenta la edad y la madurez del menor."*

[466] ARANGÜENA FANEGO, C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2023: 284-285).

[467] GRABENWARTER, C. (2014: 430).

Tribunal, en analogía con el derecho de acceso a un tribunal previsto en el artículo 6, entiende que cualquier restricción establecida por la legislación doméstica debe perseguir un propósito legítimo y no debe infringir la esencia de dicho derecho".

La primera excepción que prevé el apartado 2 del artículo 2 es la relativa a las condenas por infracciones menores. El Protocolo carece de una definición de tales infracciones, ni tan siquiera de unas pautas de valoración para determinar cuándo nos encontramos ante esta categoría. Sin embargo, el Informe explicativo emitido por el propio Consejo de Europa respecto al Protocolo[468] atiende a la previsión de pena privativa de libertad o no como elemento esencial de categorización de esas infracciones menores, lo que permite afirmar que una de las circunstancias a tener particularmente en cuenta será la gravedad de la pena a imponer.

La segunda de las posibles excepciones al reconocimiento del derecho a una segunda instancia se refiere a aquellas resoluciones dictadas por un tribunal superior. Se trataría de aquellas condenas impuestas en procesos en los que, bien por razón del sujeto, bien en atención al objeto del mismo, existe una atribución competencial al máximo órgano jurisdiccional del Estado. Ninguna razón se expone para instaurar esa posible excepción y coincido con CIRO MILIONE[469] cuando afirma que *"no se trata de una causa de exclusión de la garantía objeto de nuestro análisis realmente justificada, ya que la celebración en una única instancia y ante un único órgano jurisdiccional no resulta proporcional a la restricción del derecho recogido en el Art. 2 del Prot. Ad. nº 7."*[470] Se trata de un tipo de excepción que puede concurrir más asiduamente en el ámbito penal

[468] Consultar en https://rm.coe.int/16800c96fd

[469] MILIONE, C. (2015: 198).

[470] En el mismo sentido crítico ARANGÜENA FANEGO, C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2023: 287).

castrense, dados los aforamientos por razón del empleo militar de los investigados o por el objeto de la causa.

Finalmente, el Protocolo también prevé la posibilidad de excepcionar ese derecho en el caso de resoluciones de condena dictadas con ocasión de la resolución de un recurso contra la absolución en primera instancia. Al margen de esa posibilidad de excluir de revisión esa condena, el TEDH ha analizado –como veremos- la cuestión de si resulta acorde al CEDH esa condena en segunda instancia y bajo qué parámetros, particularmente si puede efectuarse una reevaluación de las pruebas personales, condicionadas por los principios de inmediación y contradicción. Analizaremos estas cuestiones en el contexto del Derecho Militar español actual.

La STEDH en el caso Hajiyev contra Azerbayán, de 16 de noviembre de 2006, versa sobre un alto mando militar, condenado por delitos militares, sin que en ese momento el sistema judicial de su país contemplara la existencia de una segunda instancia, la cual sería introducida en una reforma legal posterior. El TEDH, tras recordar el carácter inherente del derecho de acceso al proceso en el contenido del artículo 6.1 del CEDH, señala la posibilidad de establecer limitaciones a ese acceso, incluida la apelación. Sin embargo, *"las limitaciones aplicadas no deben restringir el acceso de los individuos de tal modo o en tal medida que la esencia del derecho sea desvirtuada. Deben perseguir un fin legítimo y existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el propósito que se pretende alcanzar".* En el caso en cuestión, el TEDH concluye que, a pesar de la falta de concreción de la ley acerca de cuál debía ser el concreto órgano judicial que debía conocer de la apelación, existían normas suficientes para llevar a cabo el proceso de apelación, como ocurrió en otros casos semejantes y, al no hacerlo ni establecer mediante una resolución motivada la admisión o inadmisión del recurso formulado se vulneró el derecho de acceso a un tribunal.

2. LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA AL ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO Nº 7 EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR.

Como se ha venido exponiendo, España hizo una reserva en el momento de depositar el instrumento de Ratificación del CEDH, que ha ido modificándose posteriormente y se mantiene en la actualidad, referida a la exclusión de los artículos 5 y 6 del CEDH en la medida en que resulten incompatibles con las disposiciones del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (ver notas 49, 64 y 65). Tal reserva no puede extenderse al ámbito penal castrense, claramente deslindado del régimen disciplinario militar en la legislación española, por lo que no existe reserva alguna por nuestro país aplicable relativa a la aplicabilidad de este artículo 2 del Protocolo nº 7. Cuestión distinta será -como ya se apuntó y se desarrollará posteriormente- si el régimen disciplinario militar puede merecer la consideración de "materia penal" a los efectos de aplicación de tales preceptos.

Debe tenerse en cuenta que el Protocolo nº 7, pese a su aprobación en 1984, no entró en vigor hasta 1988 y no fue ratificado por nuestro país hasta 2009; además, como ya se expuso, el TEDH, desde su entrada en vigor, vino a reconocer que *"en virtud del tenor literal del artículo 2 del Protocolo nº 7, los Estados partes conservan la facultad de decidir la forma en que se ejercerá el derecho a un nuevo examen y pueden limitar su alcance. En varios Estados, el nuevo examen se limita así a las cuestiones de derecho."* (DDTEDH en los casos Nielsen contra Dinamarca, de 9 de septiembre de 1992; N.W. contra Luxemburgo, de 8 de diciembre de 1992; Altieri contra Francia, Chipre y Suiza de 15 de mayo de 1996; o Saussier contra Francia, de 20 de mayo de 1998).

En nuestro Derecho, incluso tras la reforma del sistema de recursos operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, parece que prevalece la segunda de las concepciones de la segunda instancia apuntadas por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, es decir los recursos contra

sentencias penales no se configuran como un nuevo juicio, sino como una revisión del primero, más acusadamente en el caso del recurso de casación. Por tanto, para el TEDH el recurso de casación previsto en la legislación española responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo nº 7 como evidencia, entre otras, la DTEDH en el caso Dorado Baúlde contra España, de 1 de septiembre de 2015. También el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, quien inicialmente había dictaminado el incumplimiento por España del artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos derivado de las restricciones normativas y la práctica casacional (Dictámenes en los asuntos de Gómez Vázquez [2000], Sineiro Fernández [2003], Joseph Semey o Alba Cabriada [2004]), ha estimado que la actual regulación del recurso de casación penal y el examen revisorio que conlleva permiten estimar su adecuación a las exigencias del artículo 14.5 del referido Pacto (Dictámenes del propio Comité de Derechos Humanos, en los casos Parra Corral [2005], Bertelli Gálvez [2005], Herrera Sousa [2006], Pérez Escolar [2006] o Cartero Casado).

Esa postura es la que viene defendiendo la Sala V del Tribunal Supremo. De manera reiterada esa Sala, ante la invocación de una conculcación del derecho a la segunda instancia penal, ha expresado: *"Ciertamente la Ley 41/2015, de 5 de octubre, modificó la LECRIM entre otros extremos, en la implantación generalizada de la doble instancia penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin contener previsión alguna respecto del orden penal castrense, ni haberse modificado, al día de hoy, la legislación procesal militar reguladora de la materia de que se trata.*

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre dicho vacío legal y el incumplimiento que la omisión representa de obligaciones contraídas por España a nivel internacional, con clara referencia a lo previsto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977); si bien hemos dicho que esta imprevisión no debe ser causa de indefensión para quien resulta

condenado en la instancia, porque el recurso de casación ampliamente entendido, como viene haciendo esta sala, permite el examen no sólo de las cuestiones de derecho, sino también de la prueba practicada en la instancia, esto es, su misma existencia y suficiencia, la obtención y práctica conforme a derecho y su valoración razonable, de manera que a través del recurso de casación penal en que se invoque vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a obtener la tutela judicial efectiva, es posible la revisión íntegra de la sentencia condenatoria también en cuanto a la culpabilidad y participación en los hechos del recurrente (Sentencia de 26 de noviembre pasado en la que, a su vez, se citan las de 5 de abril de 2017; 11 de mayo de 2017 y 4/2019, de 24 de enero, y 5 de marzo y 7 de julio de 2020 entre otras; del Tribunal Constitucional 60/2008, de 26 de mayo, por todas, y de la sala 2.ª del Tribunal Supremo 207/2015, de 15 de abril; 346/2018, de 11 de julio, y 192/2019, de 9 de abril).” (STS, Sala V, de 18 de junio de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:2055], seguida por otras como la de 16 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1177]; de 12 de enero de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:109] y de 25 de enero de 2023 [ECLI:ES:TS:2023:384]).

Sin embargo, a mi juicio, tal consideración merece ser contrastada con otras aseveraciones mantenidas por la propia Sala V. Así, en su reciente STS (Sala V) de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2769), señala: *“La Sala Segunda de este Alto Tribunal, en su reciente sentencia núm. 1.011/2022, de 12 de enero de 2023 -R. 4825/2020-, seguida por las de esta Sala Quinta núm. 9/2023, de 8 de febrero y 48/2023, de 24 de mayo de 2023, […] pone de relieve que "no es la casación, empero, marco propicio para una revaloración de las declaraciones personales para lo que, además, no se presenta como herramienta hábil la presunción de inocencia. La credibilidad de los testimonios (STC 133/2014) no forma parte del contenido decisorio revisable desde el derecho a la presunción de inocencia. […] Por mucho que se hayan ensanchado las vías casacionales a impulsos de la presunción de inocencia y, hasta cierto punto también, como legítimo paliativo a un crónico déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de una doble instancia plena- ya corregido (en este asunto ha*

existido una previa apelación), la casación mantiene su condición de recurso extraordinario, esencialmente diferente a la clásica apelación. Hemos de ser cuidadosos para no invadir las competencias de los tribunales de instancia y apelación subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador, y no caer en una suerte de travestismo procesal, operando como Tribunal de apelación al conocer de una casación" […] Solo debemos sopesar si en el iter discursivo a través del que el Tribunal ha llegado desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad se detecta alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es, en abstracto, concluyente. Debemos eludir la tentación de convertir una divergencia valorativa en causa de casación, o de erigirnos en segundo Tribunal de apelación. La entronización del derecho fundamental a la presunción de inocencia como motivo de casación no transmuta la naturaleza extraordinaria de ese recurso. Ni franquea las puertas para una indiscriminada "revaloración" de la actividad probatoria a espaldas del principio de inmediación. De la tarea de valoración de la prueba es depositario el Tribunal de Instancia""

Coincido con ARANGÜENA FANEGO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ[471] cuando afirman que *"la segunda instancia debe abrirse, necesariamente, en virtud de un recurso ordinario, señaladamente el recurso de apelación, por más que en algunas legislaciones un recurso extraordinario, como el de casación, permita cuando se basa en un motivo de error en la apreciación de la prueba, abrirla con ciertas limitaciones. […] Quizás también por ello la jurisprudencia del TEDH en esta materia, no sea todo lo clara y precisa que sería deseable."* En mi opinión, admitida por el propio TEDH la cumplimentación del artículo 2 del Protocolo nº 7 mediante un recurso limitado a revisar cuestiones de Derecho, es evidente que la casación penal en el ámbito castrense español cumple con tal exigencia, pero, tal y como expresa la propia Sala V, dista de suponer una revisión con el alcance de

[471] ARANGÜENA FANEGO, C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2023: 282-283).

una apelación, lo que, cuando menos, otorga a los sometidos a la justicia militar una peor posición que a quienes son juzgados por órganos penales ordinarios.

Por último, HARRIS, O'BOYLE y WARBRICK[472] efectúan una observación que puede resultar particularmente significativa a los efectos de este estudio. Siguiendo la STEDH en el caso Shvydka contra Ucrania, de 30 de octubre de 2014, afirman que *"el recurso de apelación debe ser capaz de subsanar los defectos de la decisión del tribunal inferior en el momento de la revisión, lo que no será así si, en esa fase, la pena privativa de libertad impuesta en primera instancia se ha cumplido íntegramente",* por lo que, como señala la propia sentencia referida, en su párrafo 54, *"este recurso retroactivo y puramente compensatorio no puede considerarse un sustituto del derecho a la revisión consagrado en el artículo 2 del Protocolo núm. 7."* Más adelante volveremos sobre este particular.

3. LA DOCTRINA DEL TEDH ACERCA DE LA REVISIÓN EN CASACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS Y SU PLASMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA V.

Conectando con lo expuesto en el apartado anterior, la configuración del recurso de casación en España ha merecido diversas condenas por parte del TEDH, si bien no lo han sido por apreciar vulneración del comentado artículo 2 del Protocolo nº 7, sino por conculcación del derecho a un proceso justo del artículo 6.1 del CEDH. Como quedó expuesto al analizar los distintos elementos que comporta el derecho a un proceso justo, configurado un recurso por la legislación nacional, la tramitación del mismo queda sometida también a esos elementos, con particular significación, en lo que a la segunda instancia penal se refiere, del

[472] HARRIS, D., O'BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 960).

principio de igualdad de armas entre las partes y el derecho a ser oído por el tribunal.

Como señala ALCÁCER GUIRAO[473] *"[e]stando ya ampliamente asentada y delimitada con claridad el alcance de la doctrina constitucional incorporada por la STC 167/2002, el TEDH, a partir de 2009, ha venido dictando numerosas sentencias en las que ha condenado a España por vulneración de las garantías del proceso en la segunda instancia, poniendo, así, en tela de juicio que la doctrina del TC estuviera realmente acomodada a las garantías establecidas por Estrasburgo, pues las condenas se han dado precisamente en supuestos en los que el Tribunal español se servía de tal doctrina para considerar que en los casos enjuiciados no se había visto comprometida la inmediación."* Señala dicho autor que *"la jurisprudencia del Tribunal europeo no gira, ni ha girado nunca, en torno a la garantía de inmediación como requisito para la correcta valoración probatoria, sino que se proyecta sobre el conjunto de garantías vinculadas al debido proceso y, en concreto, a las posibilidades del acusado de defender su inocencia de modo contradictorio ante el órgano ad quem, incluyendo el derecho a ser oído personalmente."*

El Tribunal de Estrasburgo había admitido la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se diese nueva audiencia del acusado, si se trataba exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica (SSTEDH en los casos, todos ellos contra España, Bazo González, de 16 de diciembre de 2008; Pérez Martínez, de 23 de febrero de 2016; Hernández Royo, de 20 de septiembre de 2016; Vilches Coronado, de 23 de marzo de 2018 y Naranjo Acevedo, de 23 de octubre de 2018). Sin embargo, en sentido opuesto, estimó las demandas de quienes mediante la revisión de cuestiones fácticas, sin ser oídos, resultaron condenados o vieron agravada su pena en la segunda instancia tras valorarse aspectos fácticos (SSTEDH en los casos, igualmente contra España, Igual Coll, de

[473] ALCÁCER GUIRAO, R. (2013) *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías,* Tirant Lo Blanch, pp. 31 y 32.

10 de marzo de 2009; Marcos Barrios, de 21 de septiembre de 2010; García Hernández, de 16 de noviembre de 2010; Almenara Álvarez, de 25 de octubre de 2011; Lacadena Calero de 22 de noviembre de 2011; Valbuena Redondo, de 13 de diciembre de 2011; Serrano Contreras, de 20 de marzo de 2012; Vilanova Goterris y Llop García, de 27 de noviembre de 2012; Román Zurdo y otros, de 8 de octubre de 2013; Nieto Macero, también de 8 de octubre de 2013; Sainz Casla, de 12 de noviembre de 2013; Porcel Terribas y otros, de 8 de marzo de 2016; Gómez Olmeda, 29 de marzo de 2016; Atutxa Mendiola y otros, de 13 de junio de 2017; Camacho Camacho, de 24 de septiembre de 2019; Pardo Campoy y Lozano Rodríguez, de 14 de enero de 2020; Romero García, de 8 de septiembre de 2020; y Centelles Mas y otros, de 7 de junio de 2022).

Indica la STEDH en el caso Pardo Campoy y Lozano Rodríguez: *"cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como la existencia de un eventual dolo en el presente caso), no es posible hacer una evaluación jurídica de la conducta del acusado sin tratar primero de probar la realidad de esa conducta, lo que implica necesariamente verificar la intención de los acusados de cometer los hechos que se le atribuyen.*

39. Dado que las cuestiones tratadas eran en parte de índole fáctica, este Tribunal considera que la condena de los demandantes en apelación por la Audiencia Provincial, tras un cambio en la valoración de elementos como la existencia de dolo, sin que los demandantes hayan tenido la oportunidad de ser oídos presencialmente y de impugnar dicha valoración mediante un examen contradictorio durante una audiencia pública, no se ajustaba a los requisitos de un juicio justo garantizados por el artículo 6.1 del Convenio."

Por tanto, lo que el TEDH reputa contrario al principio de inmediación inherente a un proceso justo no es sólo la alteración de los hechos declarados probados en la instancia sin práctica de nueva prueba -aspecto ya admitido por la STC 167/2002-, sino también las inferencias que respecto de esa prueba

practicada en la instancia pueda hacerse de elementos jurídicos como la existencia de dolo o la valoración del grado de imprudencia.

Por el contrario, la STEDH en el caso Naranjo Acevedo contra España, de 22 de octubre de 2013, desestima la demanda tras la condena del acusado en la segunda instancia exponiendo: *"el Tribunal Superior de Justicia no se ha pronunciado sobre un elemento subjetivo propio del demandante, sino sobre la definición jurídica del delito analizado con carácter general (ver de contrario, entre otros, Lacadena Calero anteriormente citado, §§ 46 y siguientes). A diferencia de otros asuntos (ver Spînu c. Rumania, sentencia del 29 de abril de 2008, § 55), la jurisdicción de apelación no ha sido conducida a conocer del asunto de hecho y de derecho. Muy al contrario, los aspectos analizados por el Tribunal Superior de Justicia, tenían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia, hayan sido modificados (ver mutatis mutandis, Bazo González anteriormente citado, § 36".* Como vemos el deslinde no resulta sencillo en el caso concreto y ciertamente sería aconsejable una mayor seguridad jurídica al respecto.

La reciente DTEDH en el caso Gozalbo Moliner contra España, de 2 de marzo de 2023, inadmite la demanda ante un caso de agravación en segunda instancia de la condena inicialmente impuesta argumentando que *"el tribunal de apelación hizo una interpretación jurídica de la citada disposición* -el tipo penal aplicado- *que difería de la dada por el tribunal inferior, y no realizó una nueva apreciación de los hechos establecidos en primera instancia (véase Bazo González contra España, nº 30643/04, § 36, 16 de diciembre de 2008). Además, el Tribunal está convencido de que el procedimiento contra la demandante fue contradictorio, dado que la demandante tuvo la oportunidad de presentar oralmente su versión de los hechos ante el tribunal de primera instancia y de presentar observaciones escritas en respuesta a las de las acusaciones públicas y privadas (ibíd., § 37)."* También rechaza el TEDH que se haya producido una violación del artículo 2 del Protocolo nº 7 ya que, pese a ver agravada la pena inicialmente impuesta y no

poder apelar frente a esa segunda sentencia, su responsabilidad criminal sí fue evaluada por dos instancias, que es lo exigido por dicho precepto.

Incluso, el TEDH ha estimado la vulneración por nuestro país del principio de inmediación cuando se trata de revisar una condena previa para acordar en la instancia revisora la absolución de los acusados, como sucedió en la STEDH en el caso Portu Juanena y Sarasola Yarzabal contra España, de 13 de febrero de 2018[474]. En esta, aun cuando lo que se estima es la vulneración del artículo 3 del CEDH, se expresa que *"de conformidad con la jurisprudencia sobre el artículo 6.1. del Convenio, cuando los tribunales que examinan un asunto en apelación o en virtud de otro recurso, vuelven a valorar las pruebas de carácter personal, como son las declaraciones de los testigos o de los acusados, y llegan a conclusiones opuestas a las establecidas por el tribunal a quo, el derecho a un juicio justo hace indispensable la celebración de una audiencia pública ante el tribunal ad quem, para que éste pueda examinar directa e inmediatamente las pruebas."*

Como señala MARTÍN RÍOS[475] *"[c]on independencia de que la celebración de vista deba ser contemplada como una necesidad, y no como una eventualidad, tampoco su mera celebración resultaría plenamente satisfactoria. Como se desprende de las sentencias comentadas, no sería suficiente con el hecho de que se hubiera celebrado vista en la apelación, pues habrá de garantizarse que, en la práctica de la misma, se satisface el efectivo ejercicio de los derechos de audiencia y contradicción."* Es decir, se trata de garantizar todas las manifestaciones del derecho a un juicio justo también en esa segunda o ulterior instancia.

[474] Un comentario de la misma en: GOYENA HUERTA, J. (2018) "La segunda instancia y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia a la Sentencia «Portu-Sarasola c. España»", *Revista Aranzadi doctrinal (4),* pp. 87–104.

[475] MARTÍN RÍOS, P. (2022), "La necesidad de celebrar vista en la segunda instancia penal, a la luz de recientes pronunciamientos del TEDH" en MARTINÓN QUINTERO, R. y CALZADILLA MEDINA, M. A. (directoras), *La Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030: Congreso de Derecho Internacional de la Unión Europea: (1 ed.).* Madrid, Dykinson, p. 107.

Respecto al concreto ámbito de las jurisdicciones castrenses ya ha sido objeto de comentario en este trabajo, al hablar de la publicidad de las sesiones del juicio (apartado 3.5 del capítulo III), la STEDH en el caso Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996. Aun cuando la sentencia no hace mención al artículo 2 del Protocolo nº 7, interesa aquí la argumentación seguida respecto al alcance de la revisión en la segunda instancia penal, cuando señala que *"[a]unque los hechos relativos a la cuestión de la culpabilidad establecidos por el Tribunal Municipal eran indiscutibles y el Tribunal Supremo estaba vinculado por ellos, en cierta medida tuvo que hacer su propia apreciación a los efectos de determinar si constituían una base suficiente para condenar al demandante; en caso contrario, tenía que anular la sentencia del Tribunal Municipal y ordenar un nuevo juicio (véanse los párrafos 19 y 28 supra). Esto se vio agravado por el hecho de que, como se desprende de esta última sentencia y del recurso de apelación de la acusación ante el Tribunal Supremo, la alegación de que el demandante tenía la obligación, en virtud de las normas pertinentes, de utilizar un bote de fondo plano en la operación de salvamento y de que el hecho de no haberlo hecho constituía un delito con arreglo al párrafo 1 del artículo 78 planteaba serias dudas."* Hasta aquí la argumentación resulta semejante a lo expuesto anteriormente, es decir se establece que contraviene el derecho a un juicio justo la modificación en segunda instancia de los hechos o de las circunstancias de los mismos determinantes de la culpabilidad sin dar audiencia a los investigados. Pero añade, además, que *"habida cuenta de la naturaleza de la infracción de que se trata* -delito tipificado en el código penal militar-*, el Tribunal no ve motivos para dudar de que el resultado del procedimiento haya podido afectar negativamente a la carrera profesional del demandante (véase, mutatis mutandis, la sentencia Helmers antes citada, p. 17, apartado 38). De hecho, la condena penal y la sentencia por negligencia en el desempeño de los deberes oficiales pueden ser un asunto grave para cualquier funcionario público."* Esta argumentación denota la significación otorgada por el TEDH a la incidencia que esa condena supone para el penado, pues no afecta únicamente a su esfera

personal, sino también a la profesional, lo que resulta particularmente notorio en el ámbito penal militar. Y parece traducir esa acusada incidencia en una mayor exigencia de los requisitos del juicio equitativo, particularmente en lo que a la participación del acusado -en todas las instancias- se refiere.

3.1. Plasmación de esa doctrina en la jurisprudencia de la Sala V

Como no podía ser de otro modo, también la Sala V del Tribunal Supremo acogió la doctrina emanada de la STC 167/2002 y las posteriores del Alto intérprete constitucional que adoptaban la postura del TEDH en la materia. Así, atendiendo a tales argumentos, dicha Sala ha rechazado la posibilidad de condena en casación, entre otras, en sus STSS de 21 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5728) o de 14 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2817) (con cita de las de esa misma Sala de 20 de diciembre de 2013 [Rec. 49/2013], 6 de marzo de 2014 [Rec. 53/2014], 7 de julio de 2014 [Rec. 28/2014] o 30 de noviembre de 2016 [Rec. 36/2016]) y, más recientemente, en las SSTS (Sala V) de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:419); de 25 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1337); de 23 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1356); o de 20 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:838).

Sin embargo, la STS (Sala V) de 31 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5687), inició una serie de sentencias que, coetáneas con otras que siguen la línea ya expuesta, llevan a cabo la revisión de sentencias absolutorias para dictar un fallo condenatorio. Esa primera sentencia de 31 de octubre de 2013, tras referirse a la ya reiterada doctrina tanto del TEDH como del TC y del propio TS sobre la restrictiva posibilidad de revisión de sentencias absolutorias, concluye estimando la casación, anulando la sentencia de instancia y dictando una segunda sentencia condenatoria. Para ello argumenta en los fundamentos de derecho de la sentencia rescisoria que *"no se ha acreditado la situación de enfermedad o lesión entre el 30 de marzo -o, en el mejor de los casos, desde el 4 de abril- y el 13 de abril de 2011, situación que constituye*

presupuesto indispensable para excusar el cumplimiento del deber de presencia, y, en consecuencia, no puede concluirse tampoco que en ese periodo temporal se hubieren observado por el hoy recurrido los deberes inherentes a la plena disponibilidad, esto es, que estuvo localizable, disponible para el mando y sometido a control militar dentro del plazo legalmente establecido." La segunda sentencia dice acoger los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia, pero, a mi modo de ver, con base en aquellos la ausencia injustificada por la que se termina condenando resulta por completo inviable, de modo que lo que la sala casacional ha efectuado es una verdadera alteración de tales hechos, sin audiencia previa al condenado y conculcando con ello la ya consolidad doctrina jurisprudencial al respecto.

Las SSTS (Sala V) de 24 de marzo de 2015[476] y 9 de julio de 2015 desestiman la casación y confirman la absolución dictada en la instancia, pero ambas contienen un voto particular de los magistrados Barja de Quiroga y Pignatelli Meca en el que sostenían que debió estimarse la casación y acordarse la condena. El magistrado Barja de Quiroga también emite voto particular en la STS (Sala V) de 8 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:428), la cual también desestimó un recurso de casación frente a una sentencia absolutoria, acudiendo a la doctrina acuñada por el TEDH y recopilada en diversas SSTC que se citan, como la 88/2013, de 11 de abril o la 172/2016, de 17 de octubre. Pero aquí ha de convenirse que, tal y como sostiene el criterio discrepante del hoy presidente de Sala, la cuestión sí era estrictamente jurídica, pues aunque versaba sobre la concurrencia de dolo -concretamente de un error de prohibición-, no se trataba de revisar la inferencia de los hechos para determinar si éste concurría o no, sino de

[476] El voto particular de esta primera incurre, a mi juicio, en una *contraditio in terminis,* pues en primer lugar considera que debió declararse la nulidad del juicio en la instancia al permitir el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 301 de la LOPM, que el acusado se ausentara de la vista; pero a continuación defiende que debió condenarse al procesado absuelto en la instancia de acuerdo con los hechos declarados probados por dicho tribunal de instancia. Si la vista de instancia se estimaba nula, no debían tenerse por válidos los hechos declarados probados por dicho tribunal tras esa vista oral y, acordada tal nulidad, debían retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la celebración de la vista, conforme al artículo 901 bis a) de la LECr.

establecer si dicho error afectaba a la antijuridicidad o a la culpabilidad y, por tanto, considero que, acogiendo la postura de dicho voto particular, la condena en casación era factible[477].

Nuevamente esos dos mismos magistrados emitirían voto particular en la STS (Sala V) de 4 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2737). Coincido en las observaciones de índole procesal que se efectúan, las cuales debieron determinar la estimación de la casación y la devolución de la causa al tribunal de instancia, pero no en que pudiera adoptarse en casación una sentencia condenatoria. Lo que el voto particular efectúa es una reformulación de la inferencia de los hechos probados para concluir que sí existió imprudencia en la conducta del acusado y eso, como ha quedado expuesto, exige, según la doctrina del TEDH y del propio TC, la celebración de una nueva audiencia del procesado[478]. Debe tenerse

[477] En el mismo sentido la STS (Sala V) de 28 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3913) cuando señala: *"en la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos facticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos facticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada. El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. También cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato factico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo especifico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo especifico exigido por el Tribunal".*

[478] Afirma la STEDH en el caso Lacadena Calero contra España de 22 de noviembre de 2011, citada por la STC 126/2012 de 18 de junio: *"47. En opinión del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia al pronunciarse sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, cabe constatar que cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elemento subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a valorar jurídicamente la actuación del acusado sin tratar de acreditar previamente la realidad de dicha actuación, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan.*

48. En efecto, el Tribunal Supremo extrajo inferencias de la intención del acusado a partir de los hechos declarados probados por la instancia inferior (la prueba documental). Sin embargo, para extraer tal inferencia, el Tribunal Supremo no escuchó al interesado, quien no tuvo la oportunidad (inexistente en el

especialmente en cuenta que al tiempo de esa sentencia ya se encontraba vigente la reforma de la LECr. operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre que prohíbe expresamente la condena en apelación al absuelto en primera instancia o la agravación de la pena en la resolución de dicho recurso (artículos 792 y 846 ter de la LECr.) y que la doctrina del TC ya resultaba plenamente consolidada en torno a los comentados límites de las revisiones de sentencias absolutorias en casación.

En la STS de 30 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2968) nuevamente el magistrado Barja de Quiroga emite voto particular discrepante en cuanto entiende que la casación estimada debió extenderse en el sentido de condenar a uno de los coacusados absuelto en la instancia. Suscribo los acertados argumentos acerca de la causalidad aplicable en los delitos imprudentes, sin embargo discrepo en cuanto a la posibilidad de que en vía casacional, sin posibilidad de práctica de audiencia al coacusado absuelto en la instancia, pudiera imponerse al mismo una condena, por el mismo motivo ya apuntado de que la revisión de las inferencias relativas a los elementos subjetivos del tipo -y el deber de cuidado que conforma la imprudencia obviamente lo es- no puede llevarse a cabo sin la audiencia del procesado, so pena de vulnerar las garantías de un proceso equitativo del artículo 6.1 del CEDH.

Por su parte, la STS (Sala V) de 18 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1908), bajo la ponencia del magistrado Barja de Quiroga, vino a imponer una condena a un militar previamente absuelto en primera instancia por el Tribunal Militar Central. De nuevo convengo plenamente con los argumentos esgrimidos en la misma en cuanto a la procedencia de esa condena, pues los hechos declarados probados resultaban plenamente subsumibles en el tipo penal previsto en el artículo 81.2 del CPM, pero, como vengo sosteniendo, no creo que atendiendo a la doctrina del TEDH esa condena pudiera ser impuesta por el TS sin

proceso de casación) de exponer ante el tribunal las razones por las que negaba ser consciente de la ilicitud de su actuación y la voluntad defraudatoria.

la celebración de una vista y la consiguiente audiencia del acusado. Ciertamente el razonamiento de la sentencia de instancia resultaba ilógico tanto en lo relativo a la exclusión de aplicación de la cantidad obtenida en beneficio propio -negaba esa aplicación porque el sujeto activo, 9 años después de su actuación y dos después de ser procesado, había consignado ante el juzgado instructor el doble de la cantidad defraudada-, como en lo referente a la prescripción del delito, en la que obviaba que la incoación del procedimiento penal es causa interruptora de la prescripción. Sin embargo, siendo escrupulosos con lo expuesto por el TEDH, tales discrepancias, particularmente la relativa a la exclusión de un elemento objetivo del tipo como era la aplicación de las cantidades económicas en beneficio propio, a mi juicio suponía una inferencia respecto de pruebas practicadas en el juicio de instancia que obligaba a una audiencia del investigado.

También la STS (Sala V) de 28 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3913), con ponencia del magistrado de Mendoza Fernández, incurre a mi juicio en esa vulneración de la doctrina del TEDH. La revisión que aquí se lleva a cabo no se limita a una corrección de elementos jurídicos, sino que, como la propia sentencia expresa, atiende *"al contexto en que estos* –los hechos probados- *se producen, las circunstancias de tiempo y lugar, incluso la forma y el fondo de lo que significan las palabras empleadas o actitudes como asumir indebidamente el mando en un ejercicio de tiro, desplazando a la sargento Gracia de la función que realizaba."* Por ello, considero que la revisión efectuada y la condena impuesta exceden el ámbito de lo estrictamente jurídico y, realizada sin audiencia del acusado, vulnera el derecho a un proceso justo del artículo 6 del CEDH.

De igual modo la STS (Sala V) de 8 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:840) anuló la sentencia absolutoria dictada en la instancia e impuso una condena a un soldado por la comisión de un delito de abandono de servicio de armas (artículo 67.1.3º del CPM). Se arguye en la sentencia rescisoria que *"[l]a culpabilidad a título de dolo del Soldado Ángel Jesús se infiere sin dificultad del propio relato fáctico no sólo por ser el anuncio de la práctica de una legítima prueba de*

detección de drogas tóxicas la que motivó el abandono del servicio y del Acuartelamiento, sino también porque el referido Soldado fue advertido por sus mandos de "que podía tener peores consecuencias para él irse y no someterse a la prueba", pese a lo cual optó por el abandono del servicio." La existencia de una nueva inferencia de los elementos fácticos -se usa expresamente el término "se infiere"-, con el fin de acreditar el elemento subjetivo del tipo, parece evidente. En ese mismo fundamento de derecho se argumenta de forma prolija para refutar las invocaciones de la defensa relativas a la justificación del abandono, lo que denota nuevamente que se está llevando a cabo un pronunciamiento sobre los hechos, en esta ocasión sobre los que podían constituir una causa de exclusión de la antijuridicidad.

Frente a estas resoluciones, en otros supuestos, la Sala V, estimando la casación planteada, ha optado, ante lo que consideraba una motivación ilógica o insuficiente del tribunal de instancia, por devolver las actuaciones a dicho tribunal para que dictase una nueva sentencia[479]. Considero que la doctrina del TEDH permite una revisión en casación de la absolución previa y la imposición de una condena, pero sólo si se trata de depurar consideraciones estrictamente jurídicas sin relación alguna con la resultancia fáctica. Además, sería conveniente, en aras de una mayor seguridad jurídica, que ante la amplitud con la que es concebido el recurso de casación por la Sala V, se expusiesen por ésta los motivos que llevan en unos determinados casos a condenar en lugar de, como sucede en otros supuestos, devolver el procedimiento al tribunal de instancia.

[479] Casos, entre otras, de las SSTS (Sala V) de 7 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3649), 10 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:911) o 15 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2639). En esta última se expone lo siguiente: *"También hemos expresado, al socaire de la jurisprudencia y de la mejor dogmática -según recoge nuestra sentencia 103/2022, de 23 de noviembre-, que "las posibilidades de revisión en casación de sentencias absolutorias, dadas las características de este recurso, cada vez discurre por senderos más angostos (STS 117/2018, Sala 2ª, de 12 de marzo), pues existen "severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias" (ATS, Sala 2ª, 487/2019, de 28 de marzo de 2019) y la Sala Segunda "cercenó drásticamente la viabilidad del artículo 849.2º LECrim en perjuicio del reo (…)". En definitiva, "la doctrina jurisprudencial del TEDH solo permite la revisión en casación de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas" (ATS, Sala 2ª, 462/2019, de 28 de marzo de 2019)"."*

4. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y SU SOMETIMIENTO A UNA SEGUNDA INSTANCIA JUDICIAL. EL CASO SAQUETTI IGLESIAS CONTRA ESPAÑA Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO CASTRENSE.

En el apartado 1.2 del capítulo III ya fue analizado con detenimiento el concepto de "acusación en materia penal" a los efectos de aplicación del artículo 6.1 del CEDH, con alusión a los llamados criterios Engel. También se puso de manifiesto la significativa relevancia de tal concepto en el ámbito del Derecho Militar en aras a establecer el deslinde entre sanciones penales y disciplinarias y sus respectivas garantías procedimentales. Pues bien, como ya se indicó el TEDH ha venido a equiparar el término "infracción penal" del párrafo 1 del artículo 2 del Protocolo nº 7 con aquel de "acusación en materia penal" del artículo 6.1 del CEDH (entre otras, SSTEDH en los casos Gourepka contra Ucrania, de 6 de septiembre de 2005, o Zaicevs contra Letonia, de 31 de julio de 2007).

También se expuso en su momento que bajo tales criterios Engel buena parte de las sanciones disciplinarias previstas en nuestra vigente Ley disciplinaria militar y algunas de las establecidas en la Ley disciplinaria de la Guardia Civil permitirían calificar la materia como "penal" a los efectos de aplicación del artículo 6.1 del CEDH y, consecuentemente, también a los efectos de sometimiento al artículo 2 del Protocolo nº 7.

La STEDH en el caso Saquetti Iglesias contra España de 30 de junio de 2020, tras afirmar el carácter penal de la sanción impuesta al demandante[480], se

[480] Resumidamente, se trata de una sanción de multa de 153.800 € impuesta por la Dirección General de Política Financiera del Ministerio de Economía por la comisión de una infracción grave de las previstas en la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y normativa concordante, derivada del hecho de haber sido interceptado con la cantidad de 153.800 € sin declarar -idéntica cuantía de la sanción impuesta- oculta en su equipaje cuando se disponía a volar a Buenos Aires. El señor Saquetti, alegó que el dinero era de origen legal, que lo había introducido en España en diversos viajes desde 2002, en la época del "corralito" argentino, cumplimentado las pertinentes declaraciones de importación, pero que desconocía que también debía cumplimentarlas para sacar ese dinero del país.

adentra en el examen de si podía entenderse cumplimentado el artículo 2 del Protocolo nº 7. El Gobierno español defendía la menor gravedad de la infracción dado que no podía castigarse en ningún caso con pena privativa de libertad y, además, el carácter del Tribunal Superior de Justicia -que resolvió el recurso contencioso interpuesto por el Sr. Saquetti contra su sanción- como máximo órgano jurisdiccional en el orden contencioso, dado el carácter restringido del recurso de casación. En consecuencia, la exclusión del derecho a una segunda instancia vendría amparada en las previsiones contenidas en el apartado 2 del propio artículo 2 del Protocolo nº 7. El TEDH rechazará ambas alegaciones. La primera atendiendo al caso concreto y a la cuantía de la sanción y su proporción con la infracción y circunstancias personales del autor. En cuanto a la resolución del asunto por el máximo órgano judicial en el orden contencioso, el TEDH va a contraponer que existe una instancia superior como es el Tribunal Supremo, aun cuando la legislación limite el recurso a dicho órgano por razón de la cuantía.

El argumento de la menor gravedad de la sanción sería difícilmente invocable en el caso de las sanciones privativas de libertad previstas en el régimen disciplinario militar, a pesar de la minusvaloración de la libertad de los miembros de las Fuerzas Armadas por parte del TEDH que ya fue objeto de crítica en este trabajo (ver apartado 1.1 del capítulo II). Incluso, tampoco considero que resulte admisible respecto a sanciones como la separación del servicio, o la suspensión de empleo por un periodo prolongado. Respecto a estas últimas, podemos trasladar *mutatis mutandis* los argumentos de la analizada STEDH del caso Saquetti Iglesias: *"[s]i bien será necesario que la medida controvertida alcance cierto umbral de gravedad, corresponderá a las autoridades nacionales examinar su proporcionalidad y las consecuencias especialmente graves a la luz de la situación personal del demandante".* Además, convengo con la opinión expresada por el juez belga Lemmens en su voto particular a dicha sentencia, concurrente en el sentido del fallo, pero discrepante en la argumentación. Este magistrado señala que la excepción prevista en el artículo 2.2 del Protocolo nº 7 viene referida a *"infracciones de menor gravedad según las defina la ley"*, por lo que el carácter

"menor" (o no) de una infracción debe establecerse por ley. Continúa exponiendo que la consideración de "las circunstancias de cada caso concreto", y en particular *"la proporcionalidad, así como las consecuencias especialmente graves a la luz de la situación personal del demandante"* (párrafo 37 de la sentencia), *"parece sugerir que la aplicación de la excepción para las infracciones menores podría variar de un caso a otro, dependiendo de la situación particular del acusado y de la sanción impuesta en su caso."* Y concluye con una argumentación que suscribo plenamente: *"En mi opinión, dicho razonamiento "subjetivo", en el que la cuestión de la aplicación o no de la excepción sobre las infracciones de menor gravedad dependería del resultado del examen del juez de lo penal en el caso de un determinado acusado (de la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes, de la medida de la pena, etc.), no sería coherente con el texto y la finalidad del artículo 2 del Protocolo nº 7.*

La aplicación o no de la excepción para las infracciones de menor gravedad debe determinarse sobre la base de circunstancias objetivas. Debe quedar claro si la sentencia dictada -siempre que sea condenatoria- es susceptible de ser recurrida ante un tribunal superior, o en qué condiciones. Se trata simplemente de un requisito de seguridad jurídica y, por tanto, de protección contra la arbitrariedad.

En la medida en que la gravedad de la sanción desempeña un papel, a mi juicio se trata de la gravedad de la sanción que pueda imponerse y no la gravedad de la sanción que se ha impuesto. En otras palabras, se deben tener en cuenta los efectos potenciales de una posible sanción. Esos efectos se determinarán sobre una base legal, no sobre la base de la sentencia dictada en el caso de una persona determinada."

Una vez rechazados los motivos excluyentes invocados por el Gobierno español, la sentencia continúa analizando si el demandante había gozado efectivamente de una segunda instancia. El Gobierno afirmaba que así había sido

puesto que la sanción impuesta había sido revisada, primeramente, en virtud de un recurso administrativo y, después, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Además, toda vez que el TC también podía anular dicha sanción, el recurso de amparo ante el mismo cumplía con los requisitos de la segunda instancia a efectos del artículo 2 del Protocolo nº 7. Respecto al recurso administrativo, el TEDH va a invocar el apartado 17 del Informe Explicativo del Protocolo nº 7, el cual indica que las autoridades *"que no sean tribunales en el sentido del artículo 6 del Convenio"* no pueden ser consideradas como "jurisdicción superior" en el sentido del artículo 2 del Protocolo nº 7. En lo atinente al recurso de amparo, el TEDH concluye que, de conformidad con la legislación española, la competencia del TC al resolver un recurso de amparo queda limitada a comprobar si las resoluciones administrativas o judiciales pertinentes han respetado los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 30 de la CE, sin entrar en consideraciones de legalidad ordinaria. En el caso concreto dicho recurso se dirigía, no contra la sanción impuesta, sino contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid, por lo que el TC únicamente podía valorar una posible violación de tales derechos en esa instancia, por lo que no puede ser considerada como una segunda instancia según el TEDH.

Cabe acoger la postura mantenida por una doctrina mayoritaria[481] defendiendo la implantación de una segunda instancia judicial en la revisión de sanciones administrativas de significación, es decir las que puedan ser catalogadas de materia penal conforme a los criterios Engel. En el caso de las

[481] Entre otros:

LOZANO CUTANDA, B. (2020) "La sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, 213, pp.181-207.

SOLDEVILLA FRAGOSO, F. (2020) "Sentencia de gran impacto: Asunto Saquetti Iglesias v. España. STEDH de 30 de junio de 2020", *Actualidad Administrativa,* 9, pp.. 1 y ss.

HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (2018) *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid: Wolters Kluwer.

sanciones disciplinarias castrenses -ya sean impuestas en el ámbito de Fuerzas Armadas o Guardia Civil- actualmente, tras el agotamiento de los recursos administrativos procedentes, las mismas son impugnables en vía contencioso-disciplinaria en una única instancia ya sea ante un Tribunal Militar Territorial, el Tribunal Militar Central o el Tribunal Supremo, si bien en el caso de resoluciones dictadas en única instancia por Tribunales Territoriales o el Tribunal Militar Central sería posible la impugnación de la sentencia en casación, sometiéndose a los casos y requisitos previstos en la LJCA.

Además, debe tenerse en cuenta la observación efectuada anteriormente al citar la STEDH en el caso Shvydka contra Ucrania, de 30 de octubre de 2014, en el sentido de que la mera posibilidad de resarcimiento ante una pena privativa de libertad ya ejecutada no puede considerarse como una segunda instancia eficaz. En ese orden de cosas la revisión judicial de sanciones disciplinarias privativas de libertad que gozan de inmediata ejecutividad resultaría insuficiente a los efectos del artículo 2 del Protocolo nº 7 lo que constituye un argumento adicional frente a la crítica ya efectuada respecto a la postulación legal de esa ejecución inmediata (vid. pág. 52 y 53 y nota 66).

CAPÍTULO VI

EL ARTÍCULO 4 PROTOCOLO N.º 7: *NON BIS IN IDEM*

SUMARIO: 1. Introducción: alcance del artículo 4 del Protocolo n.º 7 y su incidencia en el ámbito castrense. 2. Criterios jurisprudenciales del TEDH acerca de la identidad de hechos sancionados. Supuestos que afectan a los militares. 3. La superposición de procedimientos punitivos desde la óptica del TEDH y su reflejo en el Derecho Militar.

1. INTRODUCCIÓN: ALCANCE DEL ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N.º 7 Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE.

El texto original del CEDH no reconocía expresamente el principio de *non bis in idem,* lo que llevó a incorporarlo en el artículo 4 del Protocolo n.º 7, adoptado el 22 de noviembre de 1984. No obstante, como señala LÓPEZ GUERRA[482], ha de precisarse que *"varios Estados no han aún procedido a su ratificación, y que en muchas ocasiones tal ratificación se ha visto acompañada de reservas y declaraciones".* A este respecto, MARTÍN LORENZO[483] expone que *"no goza de aceptación unánime, pues no ha sido ratificado por Alemania, Países Bajos o Reino Unido (país que ni siquiera lo ha firmado) y bastantes de los que lo han hecho han introducido reservas o declaraciones importantes respecto a su ámbito de aplicación. En particular, y a través de diversas fórmulas, Austria, Francia,*

[482] LÓPEZ GUERRA, L. (2021: 181).

[483] MARTÍN LORENZO, Mª. (2023), "El principio non bis in idem (Artículo 4 P7)" en GARCÍA ROCA, F. J., SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M., *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (4a ed. corr.).* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 566.

Italia, Liechtenstein o Portugal limitan su aplicación a las infracciones y procesos que su ordenamiento nacional califica como penales, excluyendo con ello el entendimiento convencional de infracción penal". España ratificó dicho Protocolo en el año 2009, con una única reserva relativa a su aplicación en Gibraltar, carente de relevancia a los efectos de este estudio[484]. Se trata de un principio que, como ha señalado el propio TEDH (DTEDH en el caso Ponsetti y Chesnel contra Francia de 14 de septiembre de 1999), no puede entenderse garantizado expresa o implícitamente por otras previsiones del Convenio, particularmente por el artículo 6 del mismo. No obstante, como señala GRABENWARTER[485], *"es un viejo principio no sólo en los sistemas de Derecho Penal de la Europa continental, sino también en la tradición legal anglosajona donde el término «double jeopardy» se hizo común.",* significando también que se trata de un principio reconocido en el Derecho Internacional (artículo 20 de Estatuto del Tribunal Penal Internacional) y en el Derecho de la UE (artículo 50 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE).

En cuanto a su contenido, para el profesor VAN BOCKEL[486] *"esta garantía veda la tramitación de cualquier nuevo procedimiento, independientemente de si fue impuesta una pena en el primer procedimiento o de la forma en que fue calculada dicha sanción".* Sin embargo, señala el autor, *"el artículo 4 del Protocolo nº 7 del CEDH contiene una excepción a la norma non bis in idem que permite un segundo juicio cuando hay hechos nuevos o recién descubiertos (novum), o si ha habido un defecto fundamental en el procedimiento anterior que afecte al resultado del caso*".

[484] Cabe señalar que aunque España firmó el Protocolo el 23 de noviembre de 1984 y el Consejo de Ministros, por acuerdo de 2 de agosto de 1996, remitió a las Cortes el texto (con una reserva) para su ratificación, el mismo no fue ratificado hasta el 28 de agosto de 2009 y publicado en el BOE el 15 de octubre de 2009.

[485] GRABENWARTER, C. (2014: 436).

[486] VAN BOCKEL, B. (2016), *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*. Cambridge, Cambridge University Press, p. 18.

Siguiendo nuevamente a LÓPEZ GUERRA[487], *"[d]e acuerdo con la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, el citado artículo contiene tres garantías distintas: que nadie pueda ser 1) perseguido; 2) juzgado, o 3) condenado dos veces por la misma infracción (Zolotukhin, §10; Nikitine c. Rusia, de 2004, §36). Es decir, el contenido del fallo concreto en ambos procedimientos es irrelevante a estos efectos; es la existencia de un segundo procedimiento sancionador, una vez recaída decisión firme en el primero, lo que determina la aplicación del mandato ne bis in idem."*

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[488] señala como ámbitos de aplicación del principio los supuestos de convergencia de sanciones penales y administrativas, los de coincidencia de tipos penales o agravaciones que se dan cuando ciertos elementos de un tipo penal también aparecen en otro tipo penal o es coincidente con una agravación. Sin embargo, GRABENWARTER[489] afirma que *"[l]os procesos penales no se pueden considerar duplicados si sólo se impusieron penas accesorias o secundarias las cuales formaban parte del primer juicio, aunque la pena haya sido impuesta por una autoridad diferente. El Tribunal es bastante generoso al aceptar que las penas «secundarias» no violan el artículo 4."* Por su parte LÓPEZ GUERRA[490] destaca la diferencia que existe entre la interpretación del principio por nuestro TC y la del TEDH, pues *"el ne bis in idem se ha configurado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como aplicable únicamente en el caso de la existencia de una dualidad de procesos, esto es, para el Tribunal no resulta aplicable la doctrina que reconoce la posibilidad de ne bis in idem material, en el sentido de que el principio prohíbe que en el mismo proceso penal «por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción principal*

[487] LÓPEZ GUERRA, L. (2021: 182).

[488] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2004), *El principio non bis in idem*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa" 19. Madrid, Dykinson, p. 18.

[489] GRABENWARTER, C. (2014: 437).

[490] LÓPEZ GUERRA, L. (2019), "Ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*", Revista Española de Derecho Europeo,* nº 69, pp. 9 y ss.

doble o plural» (en términos de la sentencia del Tribunal Constitucional 154/1990).”

Resulta innegable la significación que dicho principio comporta en el ámbito del Derecho Militar. La difícil delimitación entre infracciones penales y disciplinarias en este contexto, así como la indefinición de muchos de los bienes jurídicos que se tratan de proteger a través de ambas clases de tipificaciones, conduce con frecuencia a la confluencia de procedimientos de una y otra categoría o a una confusa interacción de normas punitivas. Al mismo tiempo, los miembros de las Fuerzas Armadas no pierden su condición de ciudadanos, por lo que confluye en ellos un doble estatuto: el general de ciudadanos y el especial de militares. Ello implica que sus actuaciones puedan contravenir a un mismo tiempo las normas reguladoras de ambos estatutos, debiendo determinar si resulta compatible con el principio *non bis in idem* someter a una doble sanción tales supuestos.

Discrepo de la opinión expresada por MARTÍN LORENZO[491] relativa a la falta de consideración de los procedimientos disciplinarios como materia penal a los efectos del precepto. Si bien es cierto que el apartado 32 del Informe explicativo del Protocolo establece que *“[e]l artículo 4, en la medida en que sólo se aplica al enjuiciamiento y a la condena de una persona en el marco de un proceso penal, no impide que sea sometida, por el mismo hecho, a una acción de naturaleza diferente (por ejemplo, una acción disciplinaria en el caso de un funcionario), así como a un proceso penal.”,* considero que dicha afirmación debe ponerse en relación con el concepto de “proceso penal” o “materia penal” que maneja el TEDH bajo los denominados criterios *Engel.* La misma postura es defendida por HARRIS, O´BOYLE Y WARBRICK[492] apoyando su tesis en las mismas resoluciones

[491] MARTÍN LORENZO, M.ª. (2023: 570).

[492] D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 962-963).

invocadas por MARTÍN LORENZO[493]. Pero a mi modo de ver esas resoluciones no establecen una exclusión del principio respecto a los procesos disciplinarios -o al menos no de manera genérica-, sino que analizan los concretos supuestos a la luz de los denominados criterios *Engel*. No puede olvidarse que el propio caso *Engel* se refiere a sanciones disciplinarias a personal militar, aun cuando en la fecha de su dictado el Protocolo nº 7 no estaba aprobado y, por tanto, no existía un reconocimiento del principio *non bis in idem*. En una de las resoluciones citadas, la DTEDH en el caso Luksch contra Austria, de 21 de noviembre de 2000, se expresaba que *"la infracción controvertida de «menoscabo de la reputación de la profesión» es de carácter disciplinario, al igual que las sanciones en las que se arriesgaba incurrir el demandante en virtud del artículo 48 de dicha Ley. Por lo tanto, el procedimiento disciplinario no implicaba la determinación de una «acusación penal»".* Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las restantes analizaban, bajo el prisma de los criterios *Engel*, las concretas infracciones concurrentes y su posible consideración como materia penal. Concretamente la cuestión de si la materia disciplinaria castrense ha de reputarse materia penal ya fue objeto de análisis respecto al ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH y a lo dicho allí hemos de remitirnos.

Además, el principio *non bis in idem* plantea en este ámbito otras consideraciones que constituyen el objeto de los siguientes epígrafes. Siguiendo lo establecido en la STEDH en el caso Bashin y Chekunov contra Rusia de 14 de enero de 2020, *"el artículo 4.1 del Protocolo n.º 7 establece los tres elementos del principio ne bis in idem: los dos conjuntos de procedimientos deben ser "penales" en su naturaleza; deben referirse a los mismos hechos; y debe existir una duplicidad de procedimientos".*

[493] STEDH en el caso Kurdov e Ivanov contra Bulgaria, de 31 de mayo de 2011; DDTEDH en los casos Luksch contra Austria, de 21 de noviembre de 2000; Banfield contra Reino Unido, de 18 de octubre de 2005 y Klein contra Austria, de 4 de mayo de 2006; citadas en MARTÍN LORENZO, M.ª. (2023: 570, nota 11).

Sin duda lo relevante, como expone igualmente LÓPEZ GUERRA[494], es desgranar los dos elementos que integran el principio: en primer lugar, determinar cuándo puede hablarse de un doble procedimiento (el *bis*) y, en segundo, cuando nos encontramos ante unos mismos hechos sancionados (el *idem*). Abordaremos ambas cuestiones poniéndolas en relación con el concreto ámbito castrense.

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TEDH ACERCA DE LA IDENTIDAD DE HECHOS SANCIONADOS. SUPUESTOS QUE AFECTAN A LOS MILITARES.

Invirtiendo el orden de los elementos que integran el principio *non bis in idem,* y siguiendo la exégesis propuesta por LÓPEZ GUERRA, cabe adentrarse en la cuestión de cuándo nos encontramos ante unos mismos hechos para entender aplicable el precepto y, consecuentemente, las limitaciones que el mismo impone.

Debe partirse de la premisa de que la cuestión del *idem* no resulta escindible por completo del otro elemento del principio. Como se verá, los supuestos fácticos en los que es ejercido el *ius puniendi* se encuentran a menudo formados por una concatenación de hechos, lo que dificulta la separación de los mismos a efectos de los procedimientos a los que pueden quedar sometidos. Es decir, con frecuencia va a ser difícil discernir si nos encontramos ante una pluralidad de procesos sobre hechos distintos o sobre hechos que deben valorarse de forma unívoca.

Para LÓPEZ GUERRA[495], la postura del TEDH respecto del *idem* aparece claramente expuesta en la STEDH (GS) en el caso Sergey Zolotukhin contra Rusia, de 10 de febrero de 2009, al señalar que *"el Tribunal optó en Zolotukhin claramente por el concepto fáctico o naturalista de infracción, definida, no por la*

[494] LÓPEZ GUERRA, L. (2021: 182).

[495] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:182 y 183).

calificación legal en el ordenamiento nacional, sino por la conducta o comportamiento fáctico; vino a considerar que lo decisivo era si se trataba de los mismos hechos objeto de sanción, y no de si el ordenamiento nacional los calificaba como una o dos infracciones distintas. Si los hechos son los mismos, no cabe considerarles como constitutivos de dos infracciones separadas."

Esa sentencia resulta particularmente significativa a los efectos de este estudio, pues versa precisamente sobre un militar que es sancionado disciplinariamente y seguidamente es procesado y absuelto por los mismos hechos. La Gran Sala recopila la evolución del TEDH en cuanto a la concepción de la identidad de hechos a efectos del artículo 4 del Protocolo nº 7. Señala, primeramente, que la posición del TEDH -expuesta en la STEDH en el caso Gradinger contra Austria, de 23 de octubre de 1995- se focalizó en la "misma conducta", con independencia de la clasificación que la ley otorgara a esa conducta (*idem factum*), lo que llevó al TEDH a entender vulnerado el artículo 4 del Protocolo nº 7 cuando el señor Gradinger fue sancionado administrativamente por conducir bajo los efectos del alcohol y condenado penalmente por homicidio imprudente derivado de esa conducción, entendiendo que pese a que la denominación, naturaleza y propósito de las dos infracciones era diferente, ambas decisiones se basaron en la misma conducta.

El segundo enfoque -desarrollado en la STEDH en el caso Oliveira contra Suiza, de 30 de julio de 1998- también parte de la premisa de que la conducta del acusado sometida a enjuiciamiento es la misma, pero postula que una misma conducta puede constituir varios delitos, los cuales pueden ser sometidos a procesos separados. Por ello, en los supuestos de concurso ideal de delitos, si bien sería conveniente que fueran enjuiciados por un mismo tribunal y en un único proceso, no resultaría contrario al artículo 4 del Protocolo nº 7 que esa pluralidad de delitos derivase en una pluralidad de procesos, especialmente si las sanciones impuestas no lo son cumulativamente. Esa misma posición fue mantenida en la STEDH en el caso Göktan contra Francia, de 2 de julio de 2002; y

en las DDTEDH en los casos Gauthier contra Francia, de 24 de junio de 2003 y Öngün contra Turquía de 10 de octubre de 2006. En realidad, esos supuestos de concurso ideal de infracciones (sean penales o administrativas, si estas últimas merecen la calificación de penales a los efectos del CEDH), merecen un mejor encaje en la cuestión del *bis,* como posteriormente abordaremos.

Una tercera postura -acuñada en la STEDH en el caso Franz Fischer contra Austria de 29 de mayo de 2001- ponía el énfasis en los "elementos esenciales" de las dos infracciones. Así, el TEDH admite la persecución de varias infracciones emanadas de una sola actuación (concurso ideal). Sin embargo, sería incompatible con el artículo 4 del Protocolo nº 7 que una persona fuera juzgada o castigada de nuevo por delitos que solo eran "nominalmente diferentes", pero que compartían unos mismos "elementos esenciales". Por ejemplo, en el caso concreto del señor Franz Fischer, el TEDH estimó que existían unos mismos elementos esenciales en la infracción administrativa de conducir ebrio y de causar una muerte por imprudencia durante esa conducción. La misma consideración es seguida por las SSTEDH en los casos W.F. contra Austria de 30 de mayo de 2002 y Sailer contra Austria de 6 de junio de 2002. Progresivamente ha ido aportando criterios para valorar esa diferenciación de "elementos esenciales". Por ejemplo, en la DTEDH en el caso Garretta contra Francia, de 4 de marzo de 2008, entendió que los dos delitos en cuestión tenían "elementos esenciales" diferentes en el sentido de que eran distinguibles en términos de su gravedad y consecuencias, el valor social protegido y la intención criminal.

Pero la STEDH (GS) en el caso Zolotukhin pretende, como en ella se expone, *"una interpretación armonizada del concepto de «mismo delito» –el elemento ídem del principio non bis in idem– a los efectos del artículo 4 del Protocolo núm. 7".* Con ese propósito, manifiesta que *"el uso de la palabra «infracción» en el texto del artículo 4 del Protocolo nº 7 no puede justificar la adhesión a una interpretación más restrictiva".* Y continúa estableciendo que *"la interpretación que hace hincapié en la caracterización jurídica de los dos delitos es demasiado*

restrictiva de los derechos de la persona, ya que si el Tribunal se limita a determinar que la persona fue procesada por delitos que tienen una clasificación jurídica diferente, corre el riesgo de socavar la garantía consagrada en el artículo 4 del Protocolo Nº 7 en lugar de hacerla práctica y eficaz como exige el Convenio." Por ello concluye: *"el artículo 4 del Protocolo nº 7 debe entenderse en el sentido de que prohíbe la acusación o el enjuiciamiento de una segunda «infracción» en la medida en que se derive de hechos idénticos o de hechos sustancialmente iguales"* y habla en concreto de *"aquellos hechos que constituyen un conjunto de circunstancias fácticas concretas que involucran al mismo acusado y que están inextricablemente vinculadas entre sí en el tiempo y en el espacio, cuya existencia debe demostrarse para obtener una condena o incoar un proceso penal".* El denominado test de "una suficiente y estrecha conexión…, en el tiempo y en el espacio" había sido invocado por primera vez en la DTEDH en el caso Nilsson contra Suecia, de 13 de diciembre de 2005. Luego sería continuado, además de en el referido caso Sergey Zolotukhin, por las SSTEDH en los casos Glantz contra Finlandia, de 20 de mayo de 2014; Nykänen contra Finlandia, también de 20 de mayo de 2014; Lucky Dev contra Suecia, de 27 de noviembre de 2014; Rinas contra Finlandia, de 27 de enero de 2015; Österlund contra Finlandia, de 10 de febrero de 2015 o Boman contra Finlandia, de 17 de febrero de 2015.

Resulta curiosa la exhaustiva comparación que lleva a cabo la STEDH en el caso Bashin y Chekunov contra Rusia, de 14 de enero de 2020, entre el relato de hechos contenido en los documentos de los procesos seguidos y los elementos típicos de cada una de las infracciones aplicadas. Se trataba de dos individuos sancionados administrativamente por su negativa a obedecer las órdenes de un policía para que abandonaran una sala de la Asamblea Legislativa de San Petersburgo y, al mismo tiempo, ser sometidos a un proceso penal seguido por uso de violencia contra funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El TEDH señala que el recurso a la violencia es un elemento esencial del delito previsto en el artículo 318 del Código Penal, pero no respecto de la infracción prevista en el artículo 19.3 párrafo 1 del Código de Infracciones Administrativas

(resistencia a una orden legítima de un funcionario público o dificultar su labor). Sin embargo, como el órgano que sancionó la desobediencia hizo mención de la violencia empleada contra un funcionario público al describir las circunstancias fácticas de la infracción, para el TEDH *"es razonable concluir que en el procedimiento administrativo contra el primer solicitante el acto de empujar a un agente de policía podría ser y fue efectivamente clasificado en los hechos del caso como una manifestación específica de la «desobediencia» a ese funcionario"* y considera que *"la cuestión planteada en virtud del párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo nº 7 no es resuelta por la consideración de que la acusación penal contenía sólo un aspecto de los hechos contra el demandante en el caso del Código de Infracciones Administrativas, donde su condena se había basado también en su desobediencia al seguir presente en la sala de reuniones de la asamblea legislativa a pesar de la orden del oficial M. de abandonarla. El hecho es que el solicitante ya había sido condenado en el caso del Código de Infracciones Administrativas por empujar al oficial M. El Tribunal concluye que los hechos sostenidos contra el primer solicitante en el caso penal fueron «sustancialmente los mismos» que en el caso del Código de Infracciones Administrativas".*

En mi opinión, en esta resolución resulta exacerbada la concepción naturalista de la infracción -siguiendo la expresión utilizada por LÓPEZ GUERRA- pues, aunque el empleo de la violencia constituía una realidad fáctica, carecía de significación fuera del contexto normativo en el que era apreciada. Dicho de otro modo, la concurrencia de violencia constituía en ese caso un elemento calificativo del tipo, que lejos de eliminar la dualidad de infracciones lo que hace es agravar al menos una de ellas. Pensemos en quien con violencia arrebata una pertenencia a otro y, además, le provoca lesiones. Esa violencia puede ser expuesta para relatar la causación de las lesiones, pero ello no puede hacer desaparecer el delito de robo. Y es que el *ius puniendi* tiene por objeto la protección de bienes jurídicos que se corresponden en muchos casos con derechos y libertades de los individuos salvaguardados por el CEDH, de modo que una quiebra en su

persecución deriva en un debilitamiento de la protección de esos derechos y libertades. Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[496] establece una posible justificación del principio *non bis in idem* tanto en el principio de culpabilidad como en el de seguridad jurídica, pero entiendo que ninguno de tales principios ha de suponer un óbice para castigar separadamente aquellos hechos que constituyan un ataque plural a bienes jurídicos distintos.

De hecho, señala MARTÍN LORENZO[497] que *"el repaso de los casos en los que el TEDH ha tenido ocasión de aplicar el enfoque Zolotukhin pone de relieve tal conexión, que evidencia que la objetividad del criterio es relativa, así como cierta proximidad con el parámetro mixto manejado en la jurisprudencia previa que atendía a las infracciones legales y a la identidad de sus elementos esenciales"* y señala como ejemplo de tal postura la STEDH en el caso Goulandris y Vardinogianii contra Grecia, de 16 de junio de 2022.

Lo cierto es que nuestro TC no ha acogido esa postura estrictamente naturalista del caso Zolotukhin y, así, en las recientes SSTC 25/2022, de 23 de febrero, y 2/2023 de 13 de febrero, continúa con su criterio de que *"La "triple identidad [de sujeto, hecho y fundamento] constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in ídem, sea éste sustantivo o procesal",* con una mejor explicación en la segunda del porqué de ese criterio en atención a la STEDH (GS) en el caso A. y B. contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016, a la que haremos inmediata referencia.

[496] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2004:20).

[497] MARTÍN LORENZO, Mª. (2023: 577).

3. LA SUPERPOSICIÓN DE PROCEDIMIENTOS PUNITIVOS DESDE LA ÓPTICA DEL TEDH Y SU REFLEJO EN EL DERECHO MILITAR.

Como ya quedó apuntado, el segundo elemento a analizar del principio *non bis in idem* es el referido a la pluralidad de procesos. Ha de puntualizarse, como ya se ha venido exponiendo, que ambos elementos del principio no se comportan de forma autónoma, no siendo por completo escindibles, por lo que resulta necesaria una interpretación sistemática de ambos.

Para LÓPEZ GUERRA[498] el Protocolo nº 7 *"[n]o excluye pues una dualidad procedimental o sancionatoria sobre los mismos hechos, si se trata de procedimientos o sanciones de naturaleza distinta, por ejemplo, penales y administrativas".* No obstante, la valoración de si nos encontramos ante un procedimiento de naturaleza penal a los efectos del principio *non bis in idem* debe llevarse a cabo bajo los mismos criterios que ya analizamos al estudiar la denominada "materia penal" a efectos del artículo 6 del CEDH -los denominados criterios *Engel*-. Además, señala igualmente el autor[499], que, conforme a la jurisprudencia consolidada del TEDH, resulta compatible con el artículo 4 del Protocolo nº 7 la existencia de dos procedimientos considerados "penales" sobre unos mismos hechos *"cuando la combinación de sanciones de naturaleza penal sobre los mismos hechos deba ser considerada como un conjunto integrado, de tal manera que resultaría artificial estimar que existe una duplicidad de procedimientos que lleve a que una persona sea juzgada o sancionada de nuevo por una infracción que ya haya dado lugar a una resolución firme".*

[498] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:182).

[499] LÓPEZ GUERRA, L. (2021:184).

3.1. Elementos de la duplicidad de procesos: existencia de una resolución final y consideración integral de la duplicidad.

Como evidencia el análisis de la jurisprudencia del TEDH, cabe plantearse dos consideraciones a la hora de apreciar la duplicidad de procedimientos. En primer lugar, será necesario establecer que ha existido una resolución final, de naturaleza penal, sobre unos determinados hechos para, posteriormente, valorar si un subsiguiente procedimiento ha de entenderse como parte de un conjunto integrado compatible con el principio *no bis in idem* o, por el contrario, vulnera tal principio.

Respecto a qué debe considerarse una resolución final a estos efectos, la cuestión resulta pacífica en la doctrina del TEDH. Así, ya la STEDH en el caso Nikitin contra Rusia, 20 de julio de 2004, disponía que *"[d]e acuerdo con el informe explicativo del Protocolo nº 7, el cual remite a su vez al Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales, una "decisión es firme" «si, de acuerdo con la expresión tradicional, la misma ha adquirido la fuerza de res iudicata. Así sucede cuando es irrevocable, es decir, cuando no caben contra la misma ulteriores recursos ordinarios o cuando las partes han agotado esos recursos o ha transcurrido el plazo para su formulación sin hacer uso de los mismos.»"* Criterio reiterado, entre otras, en la DTEDH en el caso Horciag contra Rumania de 15 de marzo de 2005 o la ya citada STEDH (GS) en el caso Sergey Zolotukhin contra Rusia, de 10 de febrero de 2009.

Por cuanto se refiere al criterio de "conjunto integrado de procedimientos" como fórmula diferenciadora entre supuestos vulneradores del principio *non bis in idem* y los compatibles con el mismo, dicho criterio resulta conceptualmente sencillo, pero no lo es tanto su aplicación a las situaciones fácticas que pueden darse en los distintos Estados parte. Ello ha llevado al TEDH a tratar de configurar progresivamente una serie de criterios o elementos valorativos para determinar si, ante un supuesto concreto, nos encontramos ante ese conjunto integrado de

procedimientos. La STEDH (GS) en el caso A. y B. contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016, reiteraba que *"los Estados podrán, legítimamente, elegir respuestas legales complementarias a conductas socialmente ofensivas (como el no cumplimiento de regulaciones de tráfico o la evasión de impuestos) a través de procedimientos distintos que formen un todo coherente a efectos de enfrentarse con aspectos diferentes del problema social en cuestión, siempre que las respuestas jurídicas acumuladas no den lugar a una carga excesiva para el individuo afectado",* indicando que a tal fin *"el modo más seguro de garantizar el cumplimiento del artículo 4 del Protocolo nº 7 es la previsión, en una fase apropiada, de un procedimiento de vía única que permita reunir los aspectos paralelos de la regulación jurídica de la actividad de que se trate",* recopilando los sucesivos criterios indicados por la jurisprudencia del TEDH para apreciar esa complementariedad de los procedimientos:

"- si los diferentes procesos persiguen propósitos complementarios y por ello se dirigen, no solo en abstracto sino también en concreto, a diferentes aspectos de las infracciones en cuestión;

- si la dualidad de los procedimientos de que se trata es una consecuencia previsible, tanto en la ley como en la práctica, de la misma conducta reprochable (ídem);

- si el pertinente conjunto de procedimientos se lleva a cabo de tal modo que se evite, en la medida de lo posible, cualquier duplicación en la recopilación y en la evaluación de las pruebas, en particular mediante una interacción adecuada entre las distintas autoridades competentes para lograr que la determinación de los hechos en un procedimiento sea aplicada también en los otros;

- y, sobre todo, si la sanción impuesta en los procedimientos que adquieren firmeza es tenida en cuenta en los que finalicen posteriormente, con el fin de evitar que el implicado sufra finalmente una carga excesiva, riesgo este último

menos probable cuando existe un mecanismo de compensación destinado a garantizar que la cuantía global de las sanciones impuestas es proporcionada."

Criterios que serán reiterados, entre otras, en la STEDH en el caso Bashin y Chekunov contra Rusia, de 14 de enero de 2020, o en la reciente STEDH en el caso Goulandris y Vardinogianni contra Grecia, de 16 de junio de 2022.

Indudablemente se trata de consideraciones que afectan significativamente al ámbito castrense, donde -como ha quedado expuesto- el deslinde entre lo penal y lo disciplinario es tan ambiguo. Y es que en muchas ocasiones la duplicidad de procedimientos penales y disciplinarios no responde a la existencia de un concurso ideal de infracciones, sino a la diferente valoración que puede hacerse de unos mismos hechos según se concluya si han concurrido o no ciertos elementos (gravedad, afectación al servicio, etc.). El legislador español ha previsto la preferencia del proceso penal y la sujeción de los órganos administrativos sancionadores a los hechos declarados por los órganos judiciales[500], pero no niega la posibilidad de la duplicidad de procedimientos e incluso de sanciones. Estas situaciones, en las que la frontera entre lo penal y lo disciplinario se muestra tan sutil, refuerzan -junto a cuestiones de carácter procesal- mi tesis abogando por una ampliación del ámbito competencial penal de la jurisdicción militar en detrimento de la potestad disciplinaria[501], principalmente cuando, atendiendo a las sanciones a imponer y siguiendo los denominados criterios *Engel*, las conductas son merecedoras de ser calificadas como penales. En esos casos, para un mayor respeto de las garantías procesales que establecen tanto el CEDH como nuestra propia CE, así como para evitar esa duplicidad de procedimientos, podrían tipificarse faltas o delitos leves militares, a conocer y

[500] Vid. los artículos 4 tanto de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas como de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

[501] GONZÁLEZ ALONSO, F. (2020), Hacia una jurisdicción militar del siglo XXI. Algunas propuestas para la reforma de la justicia militar española a la luz de la jurisprudencia del TEDH, *Revista Española de Derecho Constitucional, 119,* pp. 153-183.

fallar por los órganos judiciales castrenses a través de procedimientos breves, pero con adecuadas garantías procesales, lo que permitiría a España superar sus reservas al CEDH en la materia.

3.2. Concursos de infracciones y principio *non bis in idem.*

Como se anticipó, la principal problemática respecto a la duplicación de procesos y su compatibilidad con la interdicción del *non bis in idem* se plantea en los casos de concursos de infracciones. Ciertamente es aquí donde los contornos del *idem* y el *bis* se muestran más borrosos. Sin profundizar aquí en la diferenciación entre concursos reales e ideales, podemos acoger la conceptuación de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN[502] cuando se refiere a los mismos como *"casos de unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal) y de pluralidad de acciones y de delitos (concurso real)."* Al margen de la propia problemática inherente a esa construcción propia de la teoría general del delito, respecto del *non bis in idem* es especialmente el concurso ideal de infracciones el que plantea serias dificultades.

Como vimos, esta cuestión ya fue abordada en la STEDH del caso Oliveira contra Suiza, de 30 de julio de 1998 indicando al respecto que *"[n]o hay nada en esta situación que infrinja el artículo 4 del Protocolo nº 7, ya que esta disposición prohíbe que las personas sean juzgadas dos veces por el mismo delito, mientras que en los casos relativos a un solo hecho que constituye varios delitos (concours idéal d'infractions) un acto delictivo constituye dos delitos distintos."* A continuación, la sentencia aboga por que en esos casos se siga un único proceso ante un mismo órgano jurisdiccional, pero sin que la situación contraria pueda estimarse vulneradora del principio *non bis in idem.* La problemática se centrará entonces en el control de la tipicidad de los hechos y si, en atención a la misma, puede hablarse de la comisión de dos o más infracciones, con la consiguiente

[502] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2019), *Derecho Penal. Parte General 10ª edición*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 440.

dificultad práctica que siempre implica el deslinde entre concursos de delitos y concurso aparente de leyes.

La dificultad nuevamente se acrecienta en el ámbito castrense. La existencia de numerosos bienes jurídicos intangibles como la disciplina, la unidad, la eficacia del servicio, etc. conduce con frecuencia a la coexistencia de infracciones cuyos contornos no son fácilmente discernibles, lo que provoca que de forma habitual una conducta pueda ser incluida en varios preceptos sancionadores, pero no en todos los casos en un contexto de concurso de delitos, sino de un posible concurso de leyes. El arquetipo de estos supuestos es el delito de desobediencia: en realidad cualquier infracción militar es en sí misma una desobediencia. En primer lugar, nos encontramos con la dificultad de definir los diferentes grados de gravedad de la desobediencia, pero, además, con frecuencia esa conducta desobediente va a afectar a otros bienes jurídicos, ya sean puramente castrenses o no, lo que conduce a una mayor probabilidad de realidades concursales[503].

3.3 Las excepciones a la duplicidad de procedimientos previstas en el apartado 2 del artículo 4.

El apartado 2 del artículo 4 del Protocolo nº 7 dispone: *"Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada".* Como se estableció al principio de este capítulo, el principio *non bis in idem* no excluye únicamente la doble condena por unos mismos hechos, sino también el sometimiento a un nuevo proceso en relación con unos

[503] Los ejemplos son numerosos. El abuso de autoridad también es -al menos en la configuración que le otorgan los artículos 45 a 48 del Código Penal Militar español- un delito pluriofensivo que implica tanto a bienes jurídicos castrenses como individuales del sujeto pasivo.

Un ejemplo de esa mayor dificultad en la delimitación entre concursos de delitos y concursos de leyes lo constituye el artículo 1.3 del CPM: *"Cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar".*

hechos sobre los que ya ha recaído una resolución firme. Este apartado 2 del artículo 4 viene, sin embargo, a establecer una serie de supuestos en los que se admite la reapertura de procesos penales sin que resulte vulnerado el principio *non bis in idem*.

Acerca de estos supuestos de reapertura el TEDH se ha pronunciado repetidamente en relación con la legislación rusa. La STEDH en el caso Nikitin contra Rusia, de 20 de julio de 2004, se cuestionaba la posibilidad de revisión de una resolución absolutoria indicando la necesidad de considerar los siguientes aspectos:

"- si ha habido una decisión "final" antes de que la instancia supervisora interviniera, o si la revisión era parte integrada en el procedimiento ordinario y constituía por sí mismo una decisión final;

- si el demandante fue "juzgado de nuevo" en el proceso ante el Presidium; y

- si el demandante era "susceptible de ser juzgado de nuevo" en virtud del requerimiento del Fiscal General.

Por último, el Tribunal examinará si, en las circunstancias del caso, el control de supervisión podría haber dado lugar, en principio, a alguna forma de duplicación del proceso penal, contraria a la protección otorgada por el artículo 4 del Protocolo nº 7."

El análisis de esos aspectos llevará al TEDH a desestimar la existencia de vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 7 estimando determinante la *"distinción entre un segundo procesamiento o juicio, prohibido por el párrafo primero de dicho artículo, y la reanudación de un juicio en circunstancias excepcionales, que está previsto en su párrafo segundo."* En concreto, una de esas circunstancias es la aparición de nuevas pruebas o el descubrimiento de un defecto fundamental en el procedimiento anterior. Entiende el TEDH que se evidencia la concurrencia de

tal supuesto cuando se mantiene la misma acusación penal y el efecto de la revisión sería anular todas las decisiones adoptadas anteriormente por los tribunales y determinar la acusación penal en una nueva decisión. Tales caracteres serían asimilables a la reapertura en nuestro Derecho de un procedimiento sobreseído provisionalmente o en caso de estimación de un recurso de revisión.

Un caso de particular interés en el ámbito de este trabajo es el abordado en la STEDH (GS) en el caso Margus contra Croacia, de 27 de mayo de 2014. Una primera aportación de dicha sentencia con relación a la prohibición del *non bis in idem,* es la afirmación de que *"la retirada de los cargos por el fiscal no equivale a una condena o a una absolución y que, por tanto, el artículo 4 del Protocolo núm. 7 no es de aplicación en dicha situación (véase, Smirnova y Smirnova contra Rusia (dec), núm. 46133/99 y 48183/99, de 3 de octubre de 2002; y Harutyunyan contra Armenia (dec), núm. 34334/04, de 7 de diciembre de 2006)."* Después se adentra en una argumentación de indudable significación en el ámbito militar. Partiendo de lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del CEDH, y tratándose de un condenado por crimines de guerra, declara que "*una amnistía era generalmente incompatible con el deber de los Estados de investigar los actos tales como la tortura y que la obligación de enjuiciar a los criminales por lo tanto, no se debe ver perjudicada mediante la concesión de la impunidad al agresor en forma de una ley de amnistía que podría ser considerada contraria al derecho internacional."* y que *"las garantías previstas en virtud del artículo 4 del Protocolo núm. 7 y las obligaciones de los Estados en virtud de los artículos 2 y 3 del Convenio, deben ser consideradas como un conjunto."* También los cuatro Convenios de Ginebra de 1969 y sus dos protocolos adicionales de 1977, junto a otros Convenios internacionales del ámbito del denominado Derecho Internacional Humanitario, deben considerarse impeditivos de la concesión de amnistías referidas a delitos contra dicho Derecho. Partiendo de la consideración como inadmisible de la amnistía concedida al Sr. Margus, el TEDH estima que la formulación de un nuevo auto de acusación contra el mismo y su posterior

condena por crímenes de guerra contra la población civil, atendía a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del CEDH y otros instrumentos y mecanismos internacionales, no siendo de aplicación el artículo 4 del Protocolo nº 7. Al respecto también resulta necesario tener presente, como afirman HARRIS, O´BOYLE Y WARBRICK[504], que *"las palabras «bajo la jurisdicción del mismo Estado» también limita la aplicación del artículo 4.2 al nivel nacional. Esto es, el principio ne bis in idem no se aplica si una persona ha sido o será juzgada o condenada por tribunales de diferentes Estados."*

[504] HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018: 968).

CONCLUSIONES

PRIMERA

Limitaciones de los derechos y libertades de los militares

Aunque el texto del CEDH no prevé expresamente limitaciones de sus derechos y libertades por la condición de militar, desde sus primeras resoluciones el TEDH ha considerado *"las características particulares de la vida militar"* y *"los "deberes" y "responsabilidades" específicos que incumben a los miembros de las fuerzas armadas"* como causas justificativas de la imposición de límites al ejercicio por los militares de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH. La justificación de esa capacidad de limitación no puede residenciarse en la incorporación voluntaria del militar a esa condición o simplemente en su estatuto jurídico, sino que habrá de guardar relación con los principios que rigen la Institución y los fines que a esta se asignan, lo que conduce a un significativo grado de particularismo a la hora de apreciar la necesidad y proporcionalidad de la limitación.

Pero ese particular estatuto jurídico de los militares no sólo conlleva específicas restricciones respecto al CEDH, sino que al mismo tiempo supone el refuerzo de algunas de las garantías que en él se establecen. Así sucede con las obligaciones positivas referidas a la protección de la vida e integridad física de los individuos y de llevar a cabo una investigación adecuada y eficaz de las violaciones de esos derechos, derivadas de los artículos 2 y 3 del CEDH. Cuando tales obligaciones afectan a militares, esas obligaciones se intensifican pues, como señala -entre otras- la STEDH en el caso Akkum y otros contra Turquía, de 24 de marzo de 2005, *"los hechos en cuestión se encuentran en su totalidad, o en gran parte, bajo el conocimiento exclusivo de las autoridades."*

SEGUNDA

Aplicación del CEDH en situaciones de conflicto armado

En lo atinente al ámbito de aplicación del CEDH en operaciones militares en las que participen Estados parte, según el TEDH *"la responsabilidad de una Parte Contratante también podría surgir cuando, como consecuencia de una acción militar -lícita o ilícita- ejerce el control efectivo de una zona situada fuera de su territorio nacional. La obligación de garantizar, en dicha zona, los derechos y libertades establecidos en el Convenio, se deriva del hecho de dicho control, ya sea ejercido directamente, a través de sus fuerzas armadas, o a través de una administración local subordinada."* (STEDH [GS] Chiragov y otros, de 16 de junio de 2015).

Sin embargo, el TEDH ha rechazado la responsabilidad de los Estados partes cuando estos actúan en contingentes bajo el mando de una organización internacional, tales como OTAN o Naciones Unidas, pues en esos casos la responsabilidad de las actuaciones recae sobre esas organizaciones. El hecho de que las naciones que aportan tropas conserven ciertas facultades disciplinarias o penales sobre sus soldados o en relación con las reclamaciones de la población no desvirtúa la sujeción de las mismas a la organización en el desarrollo de la misión y, por tanto, la responsabilidad de ésta y la exclusión de la aplicación del CEDH. Ello no excluye la obligación de los Estados de llevar a cabo una investigación eficaz e independiente en casos de muerte o tratos degradantes cuando existe un acuerdo de estatuto de fuerzas que reserva la jurisdicción penal sobre sus soldados y, además, puede existir un hecho delictivo conforme al Derecho interno e internacional (STEDH en el caso Hanan contra Alemania, de 16 de febrero de 2021).

La jurisprudencia del TEDH también ha estimado la existencia de responsabilidad de los Estados parte por violaciones de los derechos y libertades

del CEDH que se lleven a cabo en su territorio por parte de agentes de terceros. Para ello deberá constatarse que el Estado parte sabía, o debería haber sabido, que esos agentes estaban llevando a cabo actuaciones al margen de su sistema judicial. También operará esa responsabilidad cuando un Estado parte expulsa o permite la expulsión de una persona a un Estado en el que corre un riesgo real de denegación flagrante de justicia o de los derechos del detenido o de ser condenado a la pena de muerte. (entre otras, SSTEDH en los casos Al Nashiri contra Polonia, de 24 de julio de 2014; Al Nashiri contra Rumanía, de 8 de octubre de 2018; Nasr y Ghali contra Italia, de 23 de febrero de 2016; Abu Zubaydah contra Lituania, de 21 de mayo de 2018; Al-Hawsawi contra Lituania, de 16 de enero de 2024).

Por último, esa aplicación extraterritorial del CEDH implica que deberán observarse sus preceptos respecto a los propios militares que, pertenecientes a las Fuerzas Armadas de un Estado miembro, prestan sus servicios en el territorio de un Estado ajeno al Consejo de Europa. Se trata, como se expuso, de una obligación que actúa especialmente en relación con la obligación de proteger la vida e integridad física y moral de esos soldados y de investigar de forma eficaz los ataques contra esos derechos, si bien entiende el TEDH la necesidad de ponderar *"el difícil contexto de seguridad"* en el que pueden tener que desarrollarse tales investigaciones (STEDH en el caso Miller contra Reino Unido, de 2 de julio de 2019).

TERCERA

Privaciones y restricciones de libertad. El carácter de los arrestos militares

El derecho a la libertad proclamado en el artículo 5 del CEDH protege frente a privaciones de libertad efectuadas al margen de los supuestos expresamente autorizados en el precepto. Aunque la mayoría de la doctrina coincide en que la diferencia entre privaciones y restricciones de libertad -estas últimas no

vulneradoras del precepto- es de grado o intensidad, la jurisprudencia del TEDH al respecto resulta eminentemente casuística, fijando la distinción en atención a criterios tales como el lugar donde se produce, el espacio de que dispone la persona, la duración, o la posibilidad de realizar tareas, valorados conjuntamente.

A la vista de los criterios emanados desde la STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, han de reputarse como restricciones de libertad, no sometidas a las condiciones del artículo 5 del CEDH, aquellas que pueden imponerse a los militares por razón de su estatuto jurídico, como pudieran ser la obligación de permanecer en una determinada localidad o el establecimiento de unos tiempos máximos para su incorporación al destino. En cuanto a las sanciones, esa misma sentencia señala que *"[u]na sanción o medida disciplinaria que, según el análisis, se consideraría indudablemente una privación de libertad si se aplicara a un civil puede no poseer esta característica cuando se impone a un militar."* El criterio para determinar si esa sanción militar entra dentro del ámbito del artículo 5 del CEDH es, según el TEDH, *"cuando adopta la forma de restricciones que se apartan claramente de las condiciones normales de vida dentro de las fuerzas armadas de los Estados contratantes."* Se trata de un criterio que, más allá de su ambigüedad, entra en franca contradicción con el criterio autónomo de libertad que el TEDH proclama y confunde el concepto de libertad -que, a mi juicio, ha de ser común para todos los individuos- con las condiciones de su ejercicio o los supuestos para su legítima restricción.

Bajo esas premisas, si bien esa sentencia del caso Engel y otros limitó el carácter de privaciones de libertad únicamente a los arrestos militares que suponían permanecer encerrado de día y de noche en una celda y, en consecuencia, ser excluido del desempeño de sus funciones normales, parece que esa inicial interpretación restrictiva del concepto de privación de libertad en el ámbito castrense ha ido dejando paso a otra menos restrictiva, como la expresada en la STEDH de 2 de noviembre de 2006 en el caso Dacosta Silva contra España, que, ante la demanda de un guardia civil, afirma que *"el demandante cumplió un*

arresto de seis días en su domicilio y, en consecuencia, estuvo privado de libertad en el sentido que da el artículo 5 del Convenio."

CUARTA

Aplicación del artículo 5 del CEDH en operaciones militares y en alta mar

Partiendo de la aplicación del CEDH en las operaciones militares bajo el control de un Estado parte, el TEDH ha considerado respecto al derecho a la libertad que las exigencias de legalidad de los supuestos de privación de libertad y las garantías procesales se van a modular y a interpretar de acuerdo con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario.

En las operaciones militares en alta mar -particularmente las encaminadas al control y persecución de la piratería-, la jurisprudencia del TEDH ha exigido una suficiente previsión legal de la facultad de privación de libertad y de las condiciones de su ejercicio, así como su adecuado control judicial, garantías introducidas por el legislador español mediante el añadido del artículo 520 ter en la LECr. por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

QUINTA

Los supuestos de privación de libertad aplicables a los militares

Dentro del catálogo de supuestos legítimos de privación de libertad previsto en el apartado 1 del artículo 5 del CEDH únicamente los establecidos en sus letras a), b) y c) resultarían de aplicación a los militares.

El primero de ellos, referido a la existencia de una condena dictada por un tribunal competente, no incluye, según el TEDH, las sanciones impuestas por un mando militar salvo si estas difieren su ejecución hasta su validación por un órgano judicial. Considero que la inmediata ejecutividad de las sanciones

disciplinarias vulnera la tutela judicial efectiva en su manifestación de la debida tutela cautelar, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas, incluso privativas de libertad, en el marco de una actividad administrativa de policía en el ámbito castrense.

Respecto al supuesto de la letra b), referido a la desobediencia de una orden judicial o el incumplimiento de una obligación legal, el cumplimiento mismo de las obligaciones militares no puede estimarse incluido en esa previsión pues, como declarara la STEDH en el caso Engel y otros, debe tratarse de incumplimientos de obligaciones específicas y concretas para los que la ley prevea tal efecto. Sí estimó tal circunstancia en la detención de un soldado turco que no se incorporó a su unidad tras un permiso (STEDH en el caso Erkus contra Turquía, de 29 de septiembre de 2009). Por ello considero que resultaría compatible con el CEDH la previsión legal de arrestos encaminados al cumplimiento de concretas obligaciones, predeterminando los supuestos y el propósito que se persigue, con fijación de los oportunos límites temporales y las condiciones de su ejercicio, así como un adecuado control judicial.

Finalmente, el supuesto establecido en la letra c), que permite la privación de libertad para conducir al detenido ante la autoridad judicial, cuando existan indicios racionales de la comisión de una infracción o cuando se estime necesario para impedir la comisión de una nueva infracción o la huida, resultaría aplicable cuando nos hallamos ante la sospecha de la comisión de un delito militar y se pretende poner al detenido a disposición de la autoridad judicial castrense. En tales supuestos, según el TEDH, la necesidad de mantener la disciplina no es un elemento determinante, por sí solo, de la privación de libertad, pero puede constituir una justificación en conjunción con esa sospecha de comisión. Sin embargo, bajo este supuesto no pueden incluirse las privaciones de libertad adoptadas por los mandos militares, pues carecen de las notas de independencia e imparcialidad propias del órgano judicial. Y no pueden los Estados parte valerse de una reserva efectuada en relación con el régimen disciplinario para aplicar

indebidamente el precepto a situaciones distintas (STEDH en el caso Zalyan y otros contra Armenia, de 17 de marzo de 2016).

SEXTA

La puesta a disposición judicial del militar detenido

El artículo 5.3 del CEDH que establece el derecho de toda persona que sea privada de libertad con arreglo al supuesto del apartado 1 c) a ser conducida, en el plazo más breve posible, ante un juez o autoridad habilitada para ejercer poderes judiciales, resulta plenamente aplicable a los militares. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, esa autoridad no ha de ser necesariamente un juez, pero debe tener la potestad de decidir sobre la continuidad de la detención o la puesta en libertad y, además, debe gozar de independencia del Ejecutivo y de las partes. Es por ello que no puede concederse esa condición a un mando militar, pero, por el contrario, si se le reconoce a un órgano judicial militar que, por su constitución, pueda considerarse independiente.

La ausencia de dilaciones en esa puesta a disposición es un término relativo que, según señala el TEDH, ha de interpretarse casuísticamente. Sin embargo, no ha estimado como justificada esa dilación en el caso de una realización de maniobras militares que se efectuaban periódicamente (STEDH en el caso Koster contra Países Bajos, de 28 de noviembre de 1991).

Esa puesta a disposición del juez es diferente al derecho a un recurso frente a la detención establecido en el apartado 4 del propio artículo 5, pues la puesta a disposición judicial es únicamente predicable para el supuesto de privación establecido en el apartado 1.c) y el recurso judicial debe extenderse a cualquier privación de libertad.

SÉPTIMA

El recurso judicial de revisión de la privación de libertad

El derecho a un recurso judicial para la revisión de toda privación de libertad ha de poder valorar la razonabilidad de la sospecha que motiva la misma, la legitimidad del propósito que persigue y la justificación de su continuidad. Aunque no se circunscriba a la valoración de la legalidad de la privación de libertad, debe apreciarse el carácter contradictorio y la igualdad de armas entre las partes, en la que se incluye la posibilidad de que el detenido y su letrado tengan acceso a aquellas partes del proceso en curso que resulte esencial para la valoración de la legalidad de la detención, incluso cuando tenga un carácter reservado.

Bajo esas características considero que el procedimiento de *habeas corpus* establecido en nuestra legislación no resulta un recurso judicial válido a estos efectos, pues ha sido interpretado por el TC y los órganos judiciales castrenses como un medio limitado a valorar la legalidad *"del presupuesto material que justifica la medida que implica una carencia de libertad".*

OCTAVA

Derecho a una restitución ante una privación de libertad indebida

Conforme al apartado 5 del artículo 5 del CEDH la persona que haya sido privada de libertad con vulneración de las garantías establecidas en el propio precepto habrá de ser indemnizada. En nuestro Derecho el alcance restrictivo de esa indemnización, en el sentido de quedar limitado a los supuestos de declaración de inexistencia del hecho (artículo 294) ha merecido varias condenas del TEDH (SSTEDH en los casos Puig Panella, de 25 de abril de 2006; caso Tendam, de 13 de julio de 2010 y caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España, de 16 de febrero de 2016), siendo finalmente considerado inconstitucional (STC 85/2019, de 19 de junio).

En este sentido, aunque es de valorar positivamente la previsión introducida en la LORDFAS (artículos 31.3 y 51.3) de indemnizar los casos en que sanciones privativas de libertad resulten anuladas, la asimilación de esas indemnizaciones con la cuantía de la dieta en territorio nacional debe ser criticada por cuanto supone otorgar una valoración diferente al daño derivado de tal arresto indebido según cuál sea el empleo militar del perjudicado. Además, si el daño indemnizable por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración es únicamente aquel que resulta individualizable (artículo 32.2 de la LRJSP), individualizable habrá de ser la reparación del mismo. Esa predeterminación tan constreñida choca con la jurisprudencia de la Sala III del TS respecto a la valoración de las indemnizaciones en casos de prisiones preventivas seguidas de absolución, si bien ha de indicarse que las cuantías asignadas son generalmente menores que las resultantes de aplicar los señalados preceptos de la LORDFAS.

NOVENA

Compatibilidad de las jurisdicciones militares con el CEDH

Entendiendo por jurisdicción militar aquella compuesta, en todo o en parte, por personal militar y que ostenta potestad para dirimir controversias en aplicación de normas jurídicas y siguiendo un procedimiento establecido, el TEDH ha venido a admitir la compatibilidad de estas con las prescripciones del CEDH siempre que gocen de la necesaria independencia e imparcialidad. (vid., por todas, la STEDH en el caso Feti Demirtas contra Turquía, de 17 de enero de 2012).

DÉCIMA

Aplicación del artículo 6 del CEDH en el ámbito disciplinario militar

El artículo 6 del CEDH circunscribe alguna de las garantías en él reconocidas a los procesos referidos a una “acusación en materia penal” planteándose el

interrogante de si cabe extender ese concepto al ámbito disciplinario militar. Según el TEDH, resultarían ilusorias las garantías del artículo 6 si los Estados pudieran optar libremente por calificar como disciplinarias ciertas conductas y eludir tales garantías. Para establecer esa delimitación se establecieron los denominados criterios Engel, referidos precisamente a sanciones militares (STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976).

Bajo esos criterios considero que el régimen disciplinario militar español constituye "materia penal" a los efectos de aplicación del artículo 6 del CEDH -abstracción hecha de la reserva formulada al respecto por nuestro país-, al menos siempre que la sanción posible sea privativa de libertad o sanciones asimilables a penas establecidas en el CPM (suspensión de empleo, separación del servicio o baja en centro docente).

UNDÉCIMA

Aplicación del artículo 6 del CEDH a procesos administrativos militares

El concepto de "litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil", como criterio de aplicación del artículo 6 del CEDH ha ido progresivamente ampliándose en la jurisprudencia del TEDH respecto a la inclusión del régimen estatutario de los empleados públicos.

Respecto a los derechos estatutarios de los militares, el TEDH ha admitido la aplicación del artículo 6.1 del CEDH en procesos relativos a cuestiones tales como la falta de ejecución de sentencias dictadas imponiendo el pago de retribuciones o compensaciones a militares, la revisión de pensiones militares e incluso al cese en la condición de militar bajo ciertas condiciones. En cuanto a las sanciones disciplinarias militares, la DTEDH en el caso R.S. contra Alemania, de 28 de marzo de 2017, vino a establecer que, reconocido por el Derecho interno el acceso al recurso frente a esas sanciones, no puede cuestionarse, sin causa justificada

para ello, la aplicabilidad de los restantes derechos y garantías inherentes al concepto del proceso justo.

DUODÉCIMA

Aplicación del artículo 6 del CEDH en distintas fases procesales

Establecido por el Derecho interno el control judicial una actuación administrativa el mismo queda sometido, según el TEDH, a las exigencias derivadas del artículo 6.1 del CEDH. Por ello debe tratarse de un control pleno, sobre las cuestiones de hecho y de Derecho, por parte de un órgano que, aunque pueda tener naturaleza administrativa, goce de independencia e imparcialidad, flexibilizando esas notas cuando pueda justificarse la competencia en la cualificación técnica de dicho órgano.

En cuanto a la fase de investigación o instrucción penal, el TEDH considera que la misma puede atribuirse a órganos que carezcan de naturaleza judicial, pero ha de garantizarse que sea pronta, suficiente, eficaz e independiente, caracteres que deben ser valorados conjuntamente. Si dicha fase es llevada a cabo por un órgano judicial, resultarán aplicables las exigencias del artículo, pero aun cuando no sea un órgano de esa naturaleza, deberán predicarse unas notas que no desvirtúen la incidencia de la misma en el proceso subsiguiente, en particular aquellos elementos que caracterizan al proceso como equitativo.

DECIMOTERCERA

Competencia de las jurisdicciones militares respecto al personal no militar

Partiendo de lo expuesto en diversos textos internacionales, el TEDH, sin impedir de manera absoluta la competencia de los tribunales militares para el enjuiciamiento de civiles, considera que la misma ha de responder a concretas y

justificadas situaciones, pues una atribución en abstracto podría provocar una diferencia de trato respecto de los ciudadanos que son juzgados por tribunales ordinarios. Esas situaciones justificativas habrán de valorarse caso por caso, pero puede señalarse que la nota es la excepcionalidad en la atribución.

DECIMOCUARTA

Derecho de acceso a un tribunal

El derecho de acceso a un tribunal resulta ínsito en el derecho a un proceso equitativo que proclama el artículo 6.1 del CEDH. Ese acceso comporta que el órgano llamado a resolver tenga jurisdicción para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes en la controversia que se le plantea. Bajo esas premisas, existirá violación del artículo 6.1 del CEDH cuando los tribunales nacionales se nieguen a examinar cuestiones trascendentes para la resolución de las controversias entre los recurrentes y las autoridades administrativas basándose únicamente en el hecho de que tales cuestiones habían sido determinadas previamente por dichas autoridades, tanto en las cuestiones fácticas como jurídicas. Así, en el ámbito castrense podría estimarse conculcado este derecho en situaciones de imposibilidad de acceso a materias clasificadas o elementos cuya determinación dependan exclusivamente de la propia Institución (disciplina, condiciones psicofísicas determinadas por facultativos militares, evaluaciones personales, etc.).

DECIMOQUINTA

Ausencia de impedimentos materiales y asistencia jurídica, incluso gratuita

Para el TEDH *"un impedimento fáctico puede violar el Convenio tanto como uno jurídico"* (STEDH en el caso Golder contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1975), de manera que *"el requisito de acceso al tribunal debe ser garantizado no*

solo en la ley sino también en la práctica, impidiendo que el recurso carezca de accesibilidad y efectividad" (STEDH en el caso Moldovan y otros contra Rumania, de 12 de julio de 2005). *"Es más, el cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio en ocasiones requiere acciones positivas por parte del Estado;* [...] *El deber de asegurar el derecho a un acceso efectivo a los tribunales entra en esa categoría de deberes"* (STEDH en el caso Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979).

Las resoluciones del TEDH referidas al acceso a los tribunales en situaciones de conflicto armado llevan a considerar que debe atenderse a las particulares circunstancias en que se ejercita y, en el caso concreto de los militares, no podrá verse obstaculizado en situaciones de realización de operaciones u otras semejantes que deben merecer una atemperación de los requisitos formales que puedan resultar aplicables en situaciones de normalidad. Uno de esos obstáculos puede venir determinado por la falta de asistencia jurídica, incluso en procesos no penales (STEDH en el caso Kiran contra Turquía, de 10 de enero de 2012). Ante ello, puede entenderse adecuada la atribución a un oficial del cargo de defensor (artículo 107 de la LOCOJM), si bien podría adecuarse a los medios tecnológicos disponibles si permiten la asistencia jurídica por un profesional colegiado.

DECIMOSEXTA

Acceso a la documentación de la controversia como elemento de acceso al proceso

El acervo probatorio puede encontrarse en ocasiones en posesión de una de las partes, particularmente cuando se trata de procedimientos frente a la Administración Pública, incidiendo -como hemos dicho- en el acceso mismo al proceso, que forma parte del derecho al proceso equitativo del artículo 6.1. Se trataría de una consideración previa y diferenciada del derecho a la adecuada

preparación de la defensa, reconocido en el artículo 6.3.b) del CEDH y circunscrito al ámbito del proceso penal.

El TEDH admite que la seguridad nacional puede constituir un motivo justificado para restringir el acceso del propio justiciable a la documentación del proceso, pero debe llevarse a cabo una adecuada ponderación entre esos intereses de la seguridad nacional y el derecho de defensa (a través, por ejemplo, de procedimientos a puerta cerrada). Es decir, el órgano judicial debe disponer de la documentación necesaria para valorar, por un lado, la adecuación de los argumentos que impidan el acceso a la información y, por otro, los razonamientos expuestos en relación con el caso sometido a enjuiciamiento.

DECIMOSÉPTIMA

El concepto de proceso justo

Más allá de las concretas garantías reconocidas en el artículo 6 del CEDH, la exigencia de un proceso justo debe ser considerada, según el TEDH, como un todo, valorando en qué extensión los posibles defectos invocados perjudican la equidad del juicio en su conjunto y, en sentido opuesto, si, a pesar de defectos que considerados individualmente no resultan significativos, su coexistencia puede llevar a considerar el proceso injusto.

El TEDH ha considerado como manifestaciones del derecho a un proceso justo el principio de igualdad de armas entre las partes y el de contradicción, reputando contrarias al artículo 6.1 -como ya se ha visto- las resoluciones judiciales que se basen únicamente en informes o dictámenes de órganos administrativos especializados si no pueden ser sometidos a contradicción.

También incluye aquí el TEDH el derecho a no auto inculparse. El TEDH no ha estimado su vulneración en un caso de imposición de multas por la negativa a declarar como testigo en un procedimiento en el que el individuo podía resultar

incriminado puesto que no se impedía esa negativa ante preguntas incriminatorias (STEDH en el caso Serves contra Francia, de 20 de octubre de 1997). También ha estimado compatible con ese derecho la utilización en su contra de la confesión efectuada por un soldado a un superior que tenía como cometido el apoyo e intermediación en cuestiones de personal de la tropa (*Vertrauensperson /* Persona de confianza, en el Ejército alemán, asimilable a un cabo mayor en nuestras Fuerzas Armadas). Además, ese derecho no tiene un carácter absoluto y puede otorgarse valor al silencio del acusado en determinadas situaciones, sobre todo cuando las circunstancias del caso reclaman una aclaración por su parte. Esas consideraciones han de entenderse aplicables en el ámbito disciplinario, incluso en las denominadas informaciones previas o reservadas, siendo inválidas las auto inculpaciones obtenidas mediante intimación o compulsión del investigado.

La motivación de las resoluciones es, según el TEDH, otro de los elementos del proceso justo, cuya extensión puede variar dependiendo de la naturaleza de la decisión debiendo ser analizada a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Ese derecho al juicio justo quedaría vacío de contenido sino fuera acompañado del derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales.

Asimismo, la disposición de un sistema de resolución de conflictos entre resoluciones contradictorias de órganos judiciales o de delimitación de competencias entre éstos contribuye a garantizar la equidad del proceso.

DECIMOCTAVA

Admisión de pruebas

Las cuestiones relativas a la admisión y práctica de las pruebas también constituyen para el TEDH un elemento del proceso equitativo, en particular la

disposición de las partes de impugnarla y de oponerse a su incorporación, y el respeto a los principios de contradicción e igualdad de armas.

La valoración de esa validez de la prueba debe hacerse atendiendo al conjunto del proceso, pero el TEDH ha incidido en la invalidez de todas aquellas que se obtienen a partir de una conculcación del artículo 3 (prohibición de la tortura).

DECIMONOVENA

Posibilidad de renuncia a las garantías procesales

Según la jurisprudencia del TEDH resulta admisible la renuncia a ciertos derechos y garantías procesales siempre que resulte inequívoca y haya sido prestada con unas condiciones mínimas adecuadas a su importancia y, además, no contraríe un interés público relevante. En el concreto ámbito castrense deben considerarse, además, la relación jerárquica en que se produce y la información facilitada al investigado.

VIGÉSIMA

Publicidad de las sesiones del juicio

Aun cuando la publicidad del proceso se proclama en el artículo 6.1 del CEDH, el TEDH ha declarado que dicha publicidad puede verse limitada en interés de la moral, el orden público o la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes así lo requieran, o en la medida estrictamente necesaria en que, según la opinión del tribunal, circunstancias especiales determinen que la publicidad perjudica los intereses de la justicia.

En los procesos militares, aun cuando concurriese la existencia de documentos secretos, ello no puede conllevar una absoluta falta de publicidad del proceso sin una adecuada ponderación entre la necesidad de proteger la seguridad nacional y la de celebrar una audiencia pública, debiendo adecuar la restricción de publicidad a lo estrictamente necesario (STEDH en el caso Nikolova y Vandova contra Bulgaria, de 17 de diciembre de 2013). También se ha estimado vulnerado este derecho cuando las sesiones del juicio se celebran en un lugar recóndito de difícil acceso (STEDH en el caso Hummatov contra Azerbaiyán, de 29 de noviembre de 2007).

Dentro de este derecho a la publicidad puede incluirse el derecho del investigado a estar presente en el juicio, que a su vez se vincula a diversas garantías del artículo 6.3. Ese derecho puede extenderse a la segunda instancia o ulteriores recursos si el alcance de la revisión a efectuar así lo reclama. Ahora bien, ello no impide que puedan adoptarse por el tribunal determinadas medidas respecto a la presencia del acusado, por ejemplo, en el caso de que no se observe por éste el orden debido.

Dentro de la publicidad del proceso, aunque de forma autónoma, se incluye la publicidad de la resolución final. Esa publicidad habrá de valorarse según las circunstancias del caso concreto y podrá limitarse cuando concurran otros intereses, como el carácter reservado del asunto, pero no hasta tal punto que lo haga inoperante.

VIGÉSIMO PRIMERA

Tiempo razonable del proceso

Conforme a la consolidada doctrina del TEDH, *"la razonabilidad de la duración de los procesos debe ser valorada atendiendo a las circunstancias del caso y con referencia a los siguientes criterios: la complejidad del caso, la*

conducta del recurrente y de las autoridades y de los intereses en disputa para el recurrente."

En el caso de las jurisdicciones militares, debe atenderse a la dificultad intrínseca de muchos de los procesos que le corresponden, por la particularidad de las pericias que en ocasiones se requieren, la dificultad de investigar hechos que se producen en ambientes hostiles, en escenarios alejados de los propios órganos jurisdiccionales, con escasos medios de investigación disponibles *in situ*. A ello puede unirse la dificultad derivada del lapso temporal existente, en ocasiones, entre los hechos a enjuiciar y el inicio del proceso debido a la imprescriptibilidad del delito en cuestión (caso de los denominados delitos contra la comunidad internacional).

VIGÉSIMO SEGUNDA

Predeterminación del órgano judicial

Para el TEDH *"…la expresión tribunal establecido por la Ley en el artículo 6 CEDH tiene por objeto evitar que la organización del sistema judicial […] no se deje a la discreción del Poder Ejecutivo, sino que esta materia sea regulada por una ley del Parlamento."* Ello no conduce a que todos los aspectos organizativos deban adoptarse por ley formal, sino que cabe distinguir dos dimensiones básicas de este derecho: la fijación y regulación de los órganos judiciales mediante Ley, y el sometimiento de su funcionamiento conforme a normas de idéntico rango, sin perjuicio del desarrollo normativo en determinados aspectos a través de disposiciones de rango inferior.

La dimensión del derecho referida a la composición del órgano judicial guarda relación con el derecho a un tribunal imparcial que proclama el mismo párrafo del artículo 6.1, de manera que la sustitución de un juez o la asignación de ponencias sin atender a las reglas predeterminadas y sin dar traslado de ello a

las partes han sido consideradas por el TEDH susceptibles de generar dudas justificadas en la independencia e imparcialidad del órgano. Esa vulneración también se ha apreciado en supuesto de extensión de competencia al conocimiento de casos conexos sin que exista previsión legal.

Bajo esas premisas, la falta de cobertura de diversos órganos judiciales militares en virtud de un acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central o la exclusión de la relación de puestos de trabajo adoptada por el Ministerio de Defensa resulta contraria a las leyes españolas que regulan la materia y, al mismo tiempo, conculca el artículo 6.1 del CEDH. También conculcaría ese derecho al juez predeterminado por la Ley la designación o sustitución de componentes de tribunales militares prescindiendo de esas normas o conculcando las existentes, como ha tenido ocasión de manifestar la Sala V (ATS de 25 de enero de 2018).

VIGÉSIMO TERCERA

Independencia e imparcialidad del órgano judicial

Pese a la distinción teórica entre independencia e imparcialidad, la doctrina del TEDH se muestra confusa en la delimitación de ambos términos y acostumbra a analizarlos de forma conjunta. Esa circunstancia, junto con la importancia asignada a las apariencias -pese a su indefinición y a la reconducción de la gran mayoría de los supuestos a la dimensión objetiva de la imparcialidad (la referida a la organización del órgano y del proceso)-, dificulta extraordinariamente una sistematización de los criterios mantenidos por el TEDH en esta cuestión.

En relación con los órganos judiciales militares el TEDH ha considerado que el nombramiento como miembros de tribunales con una consideración *ad hoc*, con el conocimiento de que sus integrantes regresarían a sus destinos militares al final del proceso, si bien no es por sí solo incompatible con los requisitos de

independencia del artículo 6.1 del CEDH, conlleva la necesidad de que existan garantías contra cualquier clase de presión externa, estimando insuficientes la presencia de un presidente permanente, la exigencia de juramento o algunas prevenciones como su obligación de guardar secreto sobre las deliberaciones. Concretamente el TEDH valoró que los oficiales designados carecían de preparación jurídica, permanecían sujetos a la disciplina militar y a informes profesionales y no existía un estatuto o prohibición que impidiera su influencia externa durante su función en el tribunal (STEDH en el caso Morris contra Reino Unido, de 26 de febrero de 2002, entre otras). En particular, el hecho de que los jueces militares sean designados por autoridades dependientes del Ejecutivo no determina, según el TEDH, su falta de independencia, sino que la misma ha de predicarse en el ejercicio de su función.

Uno de los elementos a los que se presta atención desde el TEDH para valorar esa independencia es el de la duración del mandato, pues la inamovilidad de los jueces debe ser considerada generalmente como corolario de su independencia, incluso aunque no tenga un reconocimiento formal en la Ley. Así, el hecho de que el nombramiento de los miembros militares de un tribunal sea el último de sus carreras resulta positivo para esa independencia, ya que elimina las preocupaciones por su promoción o ascenso militar y los informes sobre su carrera.

El TEDH acude a un criterio final y de conjunto para apreciar la falta de independencia como es la falta de garantías genéricas en favor de esa independencia. Dentro de ese cajón de sastre ha incluido cuestiones como el estatuto jurídico de los miembros del tribunal, la organización interna del órgano judicial y la asignación de cometidos entre sus componentes. En particular ha apreciado como circunstancias que pueden compensar el déficit de independencia de los militares designados *ad hoc*, la entrega a éstos de unas notas informativas con una explicación de las fases del proceso, sus funciones y límites, y una completa información sobre su obligación de desarrollar su función

de manera independiente, así como pautas a seguir en el caso de que pudieran ver alterada esa independencia. También el hecho de que los jueces militares reciban una misma formación que sus homólogos civiles, que gocen de sus mismas garantías en el ejercicio de su cargo (inamovilidad y garantías en casos de injerencia), que los informes anuales relativos a esos oficiales no se refieran a su toma de decisiones en el tribunal o la obligación de secreto sobre las deliberaciones y votaciones del órgano judicial.

Todas estas consideraciones debieran tomarse en cuenta a la hora de revisar la composición de los órganos judiciales militares españoles. A mi juicio, parece irrisorio que el déficit de formación jurídica de los militares designados *ad hoc* pueda suplirse por la entrega de unas notas informativas, por ilustrativas que las mismas pudieran llegar a ser. Tampoco la indicación de que su labor en el tribunal militar no era objeto del informe anual priva del riesgo de que el tal informe incida en su independencia, pues lo significativo -en mi opinión- es que dichos militares se encuentren -antes y después de su función judicial- sometidos a disciplina militar e integrados en una cadena de mando, que determina -como señala el TEDH- todos los asuntos relacionados con su remuneración, derechos sociales y promoción.

Otro de los aspectos a los que el TEDH ha prestado atención para valorar la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales militares es el de la organización interna de los mismos. Así, consideró contrario al artículo 6.1 del CEDH el sistema de *courts martial* británico debido a la existencia de cargos en que se combinaban funciones de acusación y de instrucción o decisión judicial, o que podían reformar la resolución final dictada, los cuales, además, estaban vinculados a la cadena orgánica militar.

Aun cuando se trata de un criterio en retroceso, el TEDH ha destacado la importancia de las apariencias en materia de independencia de los tribunales, pues en ella reside, al menos en parte, la confianza de los ciudadanos en la

administración de justicia, elemento indispensable en un Estado de Derecho. Respecto de los tribunales militares, el TEDH ha considerado que cuando un tribunal incorpora personas que en sus funciones y organización se encuentran subordinadas a una de las partes, los acusados pueden albergar legítimas dudas acerca de la independencia de tales personas y considera por ello que puede resultar contrario al CEDH el hecho de que un civil tenga que enfrentarse a un tribunal que, aunque sólo parcialmente, esté compuesto por miembros de las Fuerzas Armadas. A mi juicio esta tesis de la apariencia externa no puede ser aplicada únicamente cuando se trate del enjuiciamiento de civiles por tribunales militares, pues siendo idénticas las restantes consideraciones (modo de designación, duración del mandato, y garantías genéricas de la independencia) la conclusión habría de ser unívoca con independencia de la condición –militar o civil- del enjuiciado, en particular cuando los hechos a enjuiciar guarden una particular relación con la Institución.

Respecto a la imparcialidad, concretamente en su dimensión objetiva -la más frecuentemente analizada por el TEDH-, han recaído diversas resoluciones del TEDH referidas a la jurisdicción militar de nuestro país. De lo resuelto en los casos Castillo Algar, Perote Pellón y Garrido Guerrero se concluyó que la participación de un juez en una fase anterior del proceso sólo supone una quiebra de la apariencia de imparcialidad si dicho pronunciamiento puede suponer una anticipación del fallo o un prejuicio sobre el mismo.

Respecto a la apariencia de imparcialidad, la STEDH en el caso Miroshnik contra Ucrania, de 27 de noviembre de 2008, estimó vulnerada la misma por el hecho de que los jueces que integraban el tribunal militar ostentaban condición militar y correspondía al Ministerio de Defensa proveer a los mismos de vivienda si lo precisaban y, al mismo tiempo, los órganos del Ministerio de Defensa gestionaban de facto la financiación, logística y mantenimiento de esos tribunales militares. Y es que la independencia económica ha de estimarse, como señalan

diversas resoluciones de Naciones Unidas, como elemento indispensable de la independencia -que no imparcialidad- de los jueces.

Otra cuestión de particular relevancia en torno a la independencia en el proceso penal es la que ha de predicarse en las fases de investigación, que -como se indicó- no siempre son llevadas a cabo por un órgano judicial. El TEDH enumera distintos elementos para valorar esa independencia, tales como *" el hecho de que los investigadores fueran potenciales sospechosos* [...]*, que fueran compañeros directos de las personas sujetas a investigación o posibilidad de serlo* [...]*, que tengan una relación jerárquica con los potenciales sospechosos* [...] *o que el comportamiento específico de la institución investigadora indique una falta de independencia, como el error a la hora de llevar a cabo ciertas medidas establecidas para esclarecer el caso y, si corresponde, castigar a los responsables* [...]*, la excesiva importancia otorgada a las declaraciones de los sospechosos* [...]*, la omisión de explorar ciertas líneas de investigación que eran claramente necesarias* [...]*, o el exceso de inercia".* Esas observaciones han de aplicarse también en el ámbito de las jurisdicciones castrenses a pesar de que en muchas ocasiones esa fase de investigación corresponda a órganos pertenecientes a la propia institución militar (particularmente en el caso de la Guardia Civil). En mi opinión, atendiendo a la jurisprudencia del TEDH, también puede producirse una quiebra de la independencia del órgano judicial si el mismo se ve privado de la facultad de controlar las fases previas que determinan el curso del proceso, de forma significativa en el caso de la instrucción penal.

VIGÉSIMO CUARTA

Presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia se concreta en diversas manifestaciones, según el TEDH.

En primer lugar, implica que la carga de la prueba recae sobre la parte acusadora, si bien esta puede desplazarse ante la existencia de elementos de prueba contra el acusado o por la consideración de presunciones legales. Como se anticipó al referirnos al derecho a no auto inculparse, puede otorgarse relevancia al silencio del acusado *"siempre y cuando las pruebas aportadas sean tales que la única inferencia de sentido común que pueda extraerse del silencio del acusado es que este no tuvo respuestas para el caso existente en su contra".*

En segundo lugar, ese derecho no impide la existencia de presunciones legales, pero las mismas han de someterse a *"límites razonables que tomen en consideración la importancia de los intereses en conflicto y preserven el derecho de defensa",* es decir, que no pueden impedir su contradicción y prueba en contrario por el acusado. En nuestro Derecho Militar, la presunción de veracidad otorgada al parte militar -que descansa en la presunción de validez de los actos administrativos y en la presunción de veracidad del atestado-, en la forma que ha sido interpretada por la Sala V del TS, debe estimarse respetuosa con ese derecho a la presunción de inocencia, pues queda sometida a una serie de requisitos y no impide el derecho de defensa.

Otra manifestación, en este caso extraprocesal, del derecho a la presunción de inocencia es la restricción en las declaraciones públicas sobre procesos penales en curso, de modo que la información que pueda exponerse por las autoridades al respecto debe someterse a *"toda la discreción y circunspección necesarias para que la presunción de inocencia sea respetada."* Esa presunción también ha de mantenerse en los pronunciamientos en las diversas fases del proceso, incluso en las fases de apelación, lo que no impide negar efecto suspensivo a los recursos, pero limitando la fuerza ejecutiva a las sentencias penales firmes. Sin embargo, en el ámbito disciplinario militar español no ocurre lo mismo, pues se otorga inmediata fuerza ejecutiva las resoluciones sancionadoras. Considero que tal previsión, de manera generalizada, contraviene el derecho a la presunción de inocencia y, especialmente, el derecho a la tutela

judicial cautelar. Esa presunción debe respetarse también en cuanto a la exigencia de responsabilidad civil, proscribiendo que se niegue obligación resarcitoria a la prisión preventiva seguida de absolución, como se ha encargado de declarar el TEDH en contra de España (SSTEDH en los casos Puig Panella, de 25 de abril de 2006; caso Tendam, de 13 de julio de 2010 y caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España, de 16 de febrero de 2016).

Especial relevancia en el ámbito castrense debe conferirse a la incidencia de la presunción de inocencia en procedimientos subsiguientes. Así, cuando un proceso disciplinario o administrativo sucede a un proceso penal o viceversa, para el TEDH, cada una de ellas no puede fundarse en la anterior, pues sería tanto como partir de una previa presunción de culpabilidad. En nuestro ordenamiento jurídico, la regla segunda del artículo 141 de la LOPM, cuando establece que el juez togado acordará el archivo de las diligencias previas *"[s]i estimare que el hecho es constitutivo de falta disciplinaria"* debe interpretarse en el sentido de considerar que los hechos investigados no revisten carácter de delito, pero no como una declaración de hechos vinculante para adoptar una resolución sancionadora. Igualmente, las sanciones disciplinarias adoptadas por la imposición de condenas penales (artículos 8.14 de la LORDFAS y 7.13 de la LORDGC) requerirán la prueba de que dichas condenas afectan al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o causan daño a la Administración. Del mismo modo, las resoluciones administrativas que adopten medidas basándose en la inculpación o procesamiento de un militar deberán circunscribirse a los motivos que, conforme a la previsión legal, justifiquen su adopción, pero no podrán sustentarse de forma exclusiva en la existencia de una acusación en contra del afectado, pues ello resultaría contrario a la presunción de inocencia.

VIGÉSIMO QUINTA

Garantías del proceso penal

Para el TEDH los distintos subapartados del párrafo 3 del artículo 6 del CEDH constituyen manifestaciones específicas del más genérico derecho a un proceso equitativo, proclamado en el párrafo 1 del mismo precepto. Sin embargo, también ha declarado que las garantías reconocidas en dicho artículo 6.3, así como la presunción de inocencia del artículo 6.2, resultarían aplicables en los procedimientos disciplinarios con mayor laxitud.

Respecto al derecho a ser informado de la acusación, surge en primer lugar la duda de cuando debe procederse a facilitar la misma. Siguiendo la postura finalista del TEDH y en aras a que el investigado pueda defenderse adecuadamente, esa información será progresiva a lo largo del proceso y debería iniciarse desde el momento en que se adopten medidas que pueden tener repercusiones sobre la persona (registros, embargos, investigaciones preliminares, etc.) o aquellos actos de los que quepa inferir un ánimo de averiguación frente a una persona determinada, como sería el caso del atestado militar previsto en el artículo 116 de la LOPM. También debería llevarse a cabo esa información ante la iniciación de informaciones previas que prevén la LORDFAS y la LORDGC si en ellas aparecen personas que pudieran presentar méritos para una futura inculpación. La jurisprudencia del TEDH acerca del contenido de ese derecho se ha visto reflejada y ampliada en el ámbito de la UE con la aprobación de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, sobre el derecho a la información en los procesos penales, la cual ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que modificó la LECr. y la LOPJ, obviando -como suele ser habitual- cualquier consideración de la legislación castrense.

En lo atinente al derecho a disponer del tiempo y facilidades necesarias para la preparación de la defensa, se trata de un derecho íntimamente relacionado con

el anterior y que debe apreciarse igualmente con ese carácter finalista, es decir en cuanto medio para posibilitar la adecuada defensa del investigado.

Por lo que se refiere al derecho a la asistencia letrada, si bien puede estimarse como manifestación del derecho de acceso al proceso -como ya vimos-, en el ámbito penal se vincula con el derecho a la igualdad de armas y el derecho de defensa. El momento inicial de ese derecho será, por tanto, desde que la continuidad del proceso sin dicha asistencia pueda afectar a la equidad del mismo. En su contenido, resultará particularmente importante que se posibilite la comunicación privada del letrado con su defendido, salvo que existan razones relevantes que justifiquen una restricción en ese sentido. Conforme a la jurisprudencia del TEDH esa asistencia deberá satisfacer un mínimo de calidad, de forma que pueda estimarse que efectivamente asegura el derecho de defensa, correspondiendo a los órganos judiciales adoptar las medidas para tal efectividad. Relacionado con ello se encuentra el derecho a la autodefensa que, según el TEDH, puede ser objeto de limitación *"[t]omando en consideración factores tales como el nivel de la jurisdicción de que se trate, la gravedad de la infracción y la capacidad del acusado de ejercer su propia defensa".* La admisibilidad en nuestro ordenamiento de la autodefensa por parte del militar en el proceso contencioso disciplinario militar y del titulado en Derecho en el caso del proceso penal militar, con excepción de la fase casacional, ha de estimarse acorde a esos factores, si bien debería preverse la capacidad del órgano judicial para rechazarla en los casos de flagrante deficiencia cualitativa. También la facultad de libre elección de letrado puede ser objeto de limitación *"cuando existen argumentos relevantes y suficientes para sostener que ello es necesario en interés de la justicia",* estimando admisible en ese contexto la previsión del artículo 105 de la LOCOJM que se justifica en la evitación de dilaciones indebidas en el proceso penal.

Otro derecho que materializa el proceso equitativo es el derecho a interrogar testigos o, más ampliamente entendido, el derecho a emplear los medios de prueba. Se trata también de un derecho con un claro propósito finalista de modo

que el TEDH estima su vulneración en aquellos casos en que la condena se base únicamente o en un grado decisivo en declaraciones efectuadas por una persona a la que el acusado no ha tenido la oportunidad de interrogar o hacer interrogar. No obstante, existen excepciones ponderando el TEDH tres circunstancias: la justificación de la ausencia del testigo durante el juicio por una razón grave; la relevancia de esa declaración del testigo ausente para la condena y, finalmente, la existencia de elementos compensatorios para permitir asegurar la equidad del procedimiento en su conjunto. Así se han admitido en asuntos relativos a delitos en caso de conflicto armado, aceptando la valoración de testificales no reproducidas en el juicio oral (DTEDH en el caso Saric contra Dinamarca, de 2 de febrero de 1999).

Finalmente, dentro de ese catálogo de garantías, se reconoce el derecho a la asistencia de intérprete. Se trata una vez más de asegurar una efectiva defensa, pues difícilmente podrá defenderse el acusado que no entiende la lengua empleada en el proceso. Para el TEDH no se trata de que el procesado pueda elegir libremente la lengua del proceso -por ejemplo, una lengua regional-, sino que únicamente opera el derecho cuando el individuo no entiende o no habla dicha lengua (DTEDH en el caso K. contra Francia, de 7 de diciembre de 1983, precisamente referida a un proceso militar).

VIGÉSIMO SEXTA

Principio de legalidad

Una de las manifestaciones del principio de legalidad penal es el de la irretroactividad de la ley penal desfavorable y, si bien no se contempla expresamente en el CEDH, el TEDH ha extendido también el alcance del principio a la retroactividad de la ley penal favorable. Respecto a la irretroactividad, el elemento clave para el TEDH es el de la previsibilidad, considerando también la interpretación jurisprudencial recaída sobre la disposición a aplicar.

En el ámbito militar la generalidad de las tipificaciones o la remisión de las mismas a normas o usos aplicables en la Institución no resultará contraria al principio de legalidad si puede estimarse que las mismas eran de exigible conocimiento por los militares y, por tanto, previsible el reproche de su contravención. Sin embargo, para el TEDH una conducta continuada de "mirar hacia otro lado" en una unidad militar respecto a las responsabilidades que incumbían a un oficial no puede asimilarse a la imprevisibilidad de la condena (DTEDH en el caso Ainsworth contra Reino Unido, 22 de octubre de 1998). Por el contrario, las instrucciones u órdenes de servicio e incluso las costumbres que determinan las denominadas normas de comportamiento de los militares o los protocolos o normas operativas adoptadas para el desarrollo de sus actividades pueden constituir, a juicio del TEDH, elementos válidos para apreciar la accesibilidad y previsibilidad de una conducta típica.

La prolija jurisprudencia del TEDH referida a la aplicación del principio de legalidad a los crímenes de guerra, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.2 del CEDH, ha estimado que las disposiciones de Derecho Humanitario contenidas en el Convenio de La Haya de 1907 eran reconocidas por todas las naciones civilizadas y que las violaciones de esas disposiciones constituían delitos imputables a los individuos. También asume la tesis de que la obediencia debida no puede eximir de responsabilidad cuando se trata de conductas que infringen flagrantemente esas normas internacionalmente reconocidas. A mi juicio, no obstante, creo que el contexto en el que se produce esa orden (situación de conflicto armado, encuadramiento en el ejército de un régimen totalitario, etc.) pudiera ser valorada como circunstancia exculpante -total o parcial- en cuanto inexigibilidad al sujeto activo de una conducta distinta.

También incluye la legalidad de la pena a imponer, debiendo entenderse como tales aquellas impuestas tras una declaración de culpabilidad en un proceso que pueda calificarse como penal según su calificación en el Derecho interno. No se aplicará a las medidas derivadas de la imposición de una pena que

no están directamente vinculadas a la misma, sino que se adoptan por la concurrencia de esa pena y otras circunstancias. El TEDH ha considerado que la irretroactividad de la disposición desfavorable se extiende a los supuestos en que la ley anterior contemplaba un límite inferior de menor cuantía, aunque también estableciese un límite superior más elevado y ello por cuanto en el caso concreto se impusieron penas mínimas, lo que parece atender más al supuesto específico analizado que a la pena en abstracto.

No se extiende tal garantía, sin embargo, a las normas que rigen la ejecución de la pena, si bien el deslinde práctico no resulta sencillo. El TEDH ha distinguido entre "elementos estáticos" de la ejecución, no susceptibles de modificación desfavorable, y los "elementos dinámicos", que podrían ser modificados sin conculcar el artículo 7 del CEDH. Tampoco resultará aplicable a las medidas cautelares, que quedarán sometidas, en su caso, a las limitaciones derivadas de su posible incidencia en otro derecho reconocido por el CEDH, como sucede con aquellas que impliquen privación de libertad y su sujeción al artículo 5.

VIGÉSIMO SÉPTIMA

Derecho a la doble instancia

El derecho a que las decisiones de culpabilidad sean establecidas por dos órganos judiciales distintos reconocido en el artículo 2 del Protocolo nº 7 puede abarcar una nueva evaluación de los elementos de hecho y de Derecho o sólo de estos últimos, según el TEDH, admitiendo la adecuación al mismo del recurso de casación español en el orden penal.

Pese a la aceptación de nuestro recurso de casación como segunda instancia a los efectos del artículo 2 del Protocolo nº 7, su aplicación ha merecido numerosas condenas a España por parte del TEDH cuando se trata de la revisión de sentencias absolutorias sin audiencia del investigado. La falta de implantación

de un recurso de apelación en la jurisdicción militar española, si bien podría entenderse suplida por el recurso de casación a los efectos de atender las obligaciones internacionales, dista -a mi juicio- de suponer una revisión equiparable, lo que, cuando menos, otorga a los sometidos a la justicia militar una peor posición que quienes son juzgados por órganos penales ordinarios. Por otro lado, la Sala V del TS, en una amplia consideración del recurso de casación, continúa oscilando entre el rechazo de la posibilidad de revisar *in peius* las sentencias dictadas por los tribunales militares, la devolución de la causa a dichos tribunales cuando aprecia un error que pudiera exigir una revisión de los hechos y el dictado de sentencias condenatorias que, a mi juicio, excederían en ocasiones los acotados límites que al respecto han configurado tanto la jurisprudencia del TEDH como, en desarrollo de esta, nuestro TC.

Desde un punto de vista objetivo debe extenderse la aplicación de este derecho a las sanciones administrativas que puedan calificarse, bajo los denominados criterios *Engel*, como "materia penal" (STEDH en el caso Saquetti Iglesias contra España, de 30 de junio de 2020). Esa doble instancia judicial debería trasladarse al ámbito disciplinario militar teniendo en cuenta, además, que, conforme a la propia jurisprudencia del TEDH, una instancia en la que únicamente pueda adoptarse una reparación económica ante una privación de libertad ya ejecutada no puede estimarse como una segunda instancia eficaz (STEDH en el caso Shvydka contra Ucrania, de 30 de octubre de 2014), lo que lleva a cuestionar -una vez más- la validez de la inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias, en especial las privativas de libertad.

VIGÉSIMO OCTAVA

Non bis in idem

El principio de *non bis in idem* no fue establecido en el CEDH y el propio TEDH se encargó de recordar que tampoco podía considerarse ínsito en el

derecho a un proceso justo proclamado por el artículo 6, por ello se introdujo expresamente en el artículo 4 del Protocolo nº 7, el cual no ha sido ratificado por algunos países y por otros lo ha sido con reservas.

Se trata de un principio de notable significación en el contexto castrense debido al difícil deslinde entre la materia penal y disciplinaria y a la posibilidad de que concurran sobre unos mismos hechos procedimientos penales comunes y militares. A pesar de la exclusión en el Informe explicativo del Protocolo nº 7 (apartado 32) de los procesos disciplinarios a los efectos de aplicación del principio, considero que esa referencia es efectuada a procedimientos que no merezcan la calificación de "materia penal" bajo los criterios *Engel* y, por tanto, no incluiría a los procedimientos disciplinarios militares en los que se impongan determinadas sanciones, particularmente las privativas de libertad.

Aunque la jurisprudencia del TEDH parece atender a un criterio naturalista en cuanto a la identidad de hechos que definirían el *idem,* no prescinde por completo de elementos jurídicos, analizando también los que denomina "elementos esenciales" de las infracciones en cuestión. Sin embargo, esa postura no ha sido acogida por nuestro TC que continúa valiéndose de la *"triple identidad [de sujeto, hecho y fundamento]"* como presupuesto de aplicación del principio. Por cuanto se refiere al elemento del *bis,* el TEDH requiere la existencia de una previa resolución final, es decir firme, y que la dualidad de procedimientos no responda a un "conjunto integrado de procedimientos", es decir que tengan propósitos complementarios y que la sanción global no sea desproporcionada, siendo, además, previsible para los acusados.

En el ámbito castrense se admite esa duplicidad de procedimientos e incluso de sanciones, amparándose en la afectación a diferentes bienes jurídicos, sin embargo considero que sería más adecuado a los postulados del TEDH establecer como delitos militares -leves, si se quiere, asumiendo la caracterización del CP- de algunas de las infracciones disciplinarias actuales, recayendo su conocimiento en

la jurisdicción castrense, principalmente cuando, atendiendo a las sanciones a imponer y siguiendo los denominados criterios *Engel*, las conductas pueden ser calificadas como penales. De ese modo, al tiempo que se refuerzan las garantías de los investigados, se evitaría la duplicidad de procedimientos, permitiendo, además, que España supere sus reservas a los artículos 5 y 6 del CEDH.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (coordinadores) (2010) *Estudios sobre la prueba penal Vol. 1 (Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites)*, Las Rozas (Madrid), La Ley.

ALAÍZ VILLAFÁFILA, C. M. (1992) "El ámbito estrictamente castrense como marco constitucional de la competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz", *Cuadernos de Derecho Judicial/Monografías*, Nº 4 (La jurisdicción militar).

ALCÁCER GUIRAO, R. (2013) *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías,* Valencia, Tirant Lo Blanch.

ALCAIDE-FERNÁNDEZ, J. (1989), "La interacción entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos", en CARRILLO SALCEDO, J.A. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.) *Curso de derecho internacional humanitario*, Sevilla: Editorial de la Universidad de Sevilla, pp. 46-61.

ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2019) "Problemas de admisibilidad de la prueba. La prueba obtenida por particulares con violación de derechos fundamentales en el sistema jurídico español, obstáculos y propuestas para su admisibilidad y exclusión", *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 1, 2019, pp. 475-508.

ÁLVAREZ BUJÁN, M. V. (2015) *"Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada",* Boletín del Ministerio de Justicia, Año 69, Nº 2180, pp. 1-54.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2019) "Las condenas al Reino de España por vulnerar la garantía de inmediación en la segunda instancia penal" en MATIA PORTILLA, F.J. y DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (directores) *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 171-191.

ÁLVAREZ TERÁN, R. (2012) *La feminización de las Fuerzas Armadas españolas: (1988-2011).* Tesis doctoral. Universidad de La Rioja.

ALLARD RINGNALDA (2014) "Procedural Tradition and the Convergence of Criminal Procedure Systems: The Case of the Investigation and Disclosure of Evidence in Scotland"*, American journal of comparative law*, Nº. 4, pp. 1133-1166.

AMÉRIGO ALONSO, J. (2006), "Un «golpe de autoridad»: la ratificación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de su jurisprudencia sobre los ministerios públicos (TEDH, asunto Martinie v. Francia, 12 de abril de 2006)", *Revista Española de Derecho Europeo* nº 19, pp. 391-414.

ANDREU-GUZMÁN, F. (2004) *Military Jurisdiction and international law. Courts and Gross Human Rights Violations, Vol. 1*, International Commission of Jurists.

ARANGÜENA FANEGO, C. (2021) "Las directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados: Su implementación en el derecho español", en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) y otros, *Debates jurídicos de actualidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 117-146.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGÜENA FANEGO, C., (2023) "Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal (artículo 6)", en GARCÍA ROCA, F.J., SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M. (coord.) *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*, Vol. 1, p. 259-280.

ARANGÜENA FANEGO, C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2023), "El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal (Artículo 2 P7)" en GARCÍA ROCA, F. J., SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M., *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (4a ed. corr.).* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 281-296.

ARRESE IRIONDO, M.N. (2015) "Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad" en LASAGABASTER HERRARTE, I. (director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, pp. 121-226.

ARTEAGA MARTÍN, F: (2018) "Defensa europea: ¿de qué ejército europeo hablan Macron y Merkel?", *Análisis del Real Instituto Elcano*, Nº. 125.

BACHELET y MAGGIORE; GILISEN, *Evolución actual de la justicia militar*.

BACIGALUPO SAGGESE, M. (1997) *La discrecionalidad administrativa: (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución),* Madrid: Marcial Pons.

BACIGALUPO ZAPATER, E. (2021) "Delitos de estado contra la humanidad y principio de legalidad internacional" en MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (coord.) *El Derecho Penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar,* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 411-420.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. (dir.) (2003) Constitución y control de la actividad administrativa, *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 12, pp. 83-124.

BERMÚDEZ OCHOA, E. V. (1997) "La configuración jurisprudencial del concepto de imparcialidad objetiva", *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1, pp. 93-164.

BILBAO UBILLOS, J.M. y MACHO CARRO, A. (2023) "Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (artículo 11 CEDH)" en GARCÍA ROCA, F.J., SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M. (coord.) *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*, Vol. 2., pp. 787-844.

BLASCO LOZANO, I (2003), "Armonización del derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea", *Cuadernos de derecho judicial*, Nº. 13, pp. 257-280.

BOUAZZA ARIÑO, O. (2017). "La seguridad individual y colectiva como límite a los derechos fundamentales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en LAGUNA DE PAZ, J.C. (coord.) y otros, *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz, Vol. 1, Tomo I (El ser de la Administración Pública)*, Madrid: Reus, pp. 257-266.

BURRUS M. CARNAHAN (1998). "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity"*, American Journal of International Law*, V. 92, Nº 2, pp. 213-231.

BUSTOS GISBERT, R. (2016) "La independencia judicial en Europa", en GONZÁLEZ PASCUAL, M. (directora) y SOLANES MULLOR, J. (coordinador), *Independencia Judicial y Estado Constitucional: el Estatuto de los Jueces.* Valencia: Tirant lo Blanch, edición electrónica.

CÁCERES BRUN, J. (2017) "El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos" en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coord.) *Derecho internacional humanitario*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 155-174.

CALAZA LÓPEZ, M. S. (2010) "Una aproximación al concepto procesal de "acción"", *Revista de derecho UNED*, Nº. 6, pp. 113-143.

CALDERÓN MADRIGAL, S. (2002) *Cuestiones sobre el honor: el honor militar y su reflejo en los textos histórico-jurídicos de Roma, edad media y antiguo régimen españoles*, Madrid: Ministerio de Defensa.

CALDERÓN SUSÍN, E. (1989) "*En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar*", *Revista Española de Derecho Militar*, Nº 53 tomo I, pp. 81-106.

CALVO SÁNCHEZ, C. (1989) "El derecho al juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* nº 4, pp. 995-1006.

CAMERON, I. (2000) *National Security and the European Convention on Human Rights*. La Haya: Kluwer Law International.

CANO CAMPOS, T. (2020) "La presunción de validez de los actos administrativos", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época,* (14), pp. 6-28.

CANOSA USERA, R. (1994) "Configuración constitucional de la jurisdicción militar", *Revista del Poder Judicial*, Nº 34, pp. 9-38.

CARLI, E. (2021) "International Military Operations, Duty to Conduct Effective Investigations and Extraterritorial Application of the ECHR: Has the Court Gone Too Far in Hanan v. Germany?" *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, Nº. 3, pp. 716-730.

CASADEVALL, J. (2012) *El convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia.* Valencia: Tirant lo Blanch.

CHIAVARIO, M. (2001), "Articolo 6" en BARTOLE, S. *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: CEDAM.

CHRISTIAN, LOUISE e ISABELLA FORSHALL (1988), "The Devrimici Yol Mass Trials in Turkey", *Socialist Lawyer* nº. 6, pp. 3-5.

COLLADO CASABON, J. (2019) "Comentario al artículo 39.5 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil: la información reservada", *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 50.

CUADRADO ZULOAGA, D. (2006) "Alcance y límites del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Actualidad administrativa*, Nº 3, pp. 330-341.

CUDERO BLAS, J. (2020) "El carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa y el control de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales" en FAYA BARRIO, A. L. (coord.), *Las relaciones entre los poderes del Estado: separación, colaboración y conflicto. XIX Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 229-237.

DE ARANDA Y ANTÓN, G. (1992) "Consideraciones en torno a la posible inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias limitativas de libertad previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil", *Revista General de Derecho*, Nº 89.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.) y otros (2012) *La armonización del derecho procesal tras el tratado de Lisboa.* Pamplona: Aranzadi.

DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (2019) "El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: reflexiones y propuestas para evitar futuras condenas del TEDH al reino de España" en MATIA PORTILLA, F.J. y DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (directores), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 63-116.

DELMAS-MARTY, M. y SPENCER, J. R. (2005) *European criminal procedures*, Cambridge, Cambridge University Press.

DÍAZ FRAILE, F. (2017) *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva crítica del Derecho español vigente*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (1996) "Artículo 24: garantías procesales" en ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a la Constitución de 1978, tomo III,* Madrid: EDERSA-Cortes Generales.

ESPARZA LEIBAR, I. (2011) "La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger*", Revista penal México*, Nº. 1, pp. 97-107.

ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F. (2015) "Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo" en LASAGABASTER HERRARTE, I. (director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, pp. 227-322.

FAGGIANI, V. (2017) *Los derechos procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal: Técnicas de armonización.* Valencia: Tirant lo Blanch

FAURA MARTÍN, J. (1998) "Las Fuerzas Armadas" en VV.AA. (1998). *La constitución española de 1978: 20 años de democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FERNÁNDEZ, T.R. (1976) "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista española de derecho administrativo*, Nº 11.

FERNÁNDEZ, T.R. (1991) *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid: Cívitas.

FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (2015) *Los derechos fundamentales de los militares.* Madrid: Ministerio de Defensa.

FERNÁNDEZ MUIÑOS, B. (1999) "El cambio normativo en el derecho disciplinario militar*", Boletín de Información*, Nº 258, pp. 69-71.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (1997) *Origen y ocaso del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa,* Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

FERNÁNDEZ TORRES J. R. (1998) *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva,* Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ TORRES J. R. (1998) *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ VARGAS, V., BUSQUETS, J. y RODRÍGUEZ, M.L. (coord.) (1991) *La mujer en las fuerzas armadas en España.* Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.

FRIEYRO DE LARA, B. (2004) *La profesionalización de las Fuerzas Armadas en España*. Almería: Universidad de Almería.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (2022) *Curso de Derecho Administrativo II,* 17ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas.

GARCÍA LABAJO, J. M. (2000) "El arresto por falta grave", en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *et. alt*., *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)*, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa.

GARCÍA LUENGO, J. (2012) "La doctrina del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia actual", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coord.) *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández,* Madrid: Civitas Thomson Reuters, pp. 1223-1242.

GARCÍA MOLINA, P. (2018) "La transposición de la Directiva (UE) 2016/343 en lo que respecta al reforzamiento en el proceso penal de determinados aspectos extraprocesales de la presunción de inocencia", *Diario La Ley*, Nº 9300.

GARCÍA ROCA, F.J. (2019) *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas.

GARCÍA-PANASCO MORALES, G. (2015) *La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador,* Tesis doctoral, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

GARCÍA PÉREZ, O. (2019) "Los conceptos autónomos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las cuestiones procesales: un tema pendiente", en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., FERNANDA PALMA, M., GARCÍA PÉREZ, O., PRATA ROQUE, M. (dir.), *La Influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Interno,* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 291-326.

GARRIDO FALLA, F. (1968) "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", *Revista de Administración Pública*, Nº 55, pp. 9-26.

GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2000) *Los procesos penales: comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, *v. I.* Barcelona: Bosch.

GIMENO SENDRA, V. (2010) *"La prueba preconstituida de la policía judicial",* Revista Catalana de Seguretat Pública.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. (2019) *La selección de la ley penal más favorable en sucesión de normas en un supuesto de acumulación de condenas: la STS 606/2018, de 28 de noviembre,* Diario La Ley, Nº 9347.

GÓMEZ MARTÍNEZ, R. (2008) *El estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera en España. Antecedentes, fundamento y situación actual.* Tesis doctoral. Universidad de Granada.

GONZÁLEZ ALONSO, A. (2009) "Objeto del recurso contencioso-administrativo y alcance del carácter revisor de esta jurisdicción", *Diario La Ley*, Nº 7096.

GONZÁLEZ ALONSO, F. (2014) "La inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias militares y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista General de Derecho Administrativo nº. 36*.

GONZÁLEZ REYES, J.M. (2011) "Actuaciones previas al procedimiento disciplinario: el parte y la información reservada", *Revista española de Derecho militar*, Nº. 97, pp. 205-220.

BIBLIOGRAFÍA

GOYENA HUERTA, J. (2018) "La segunda instancia y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia a la Sentencia «Portu-Sarasola c. España»", *Revista Aranzadi doctrinal (4),* pp. 87–104.

GRABENWARTER, C. (2014) *European Convention on Human Rights: commentary*. München, Oxford, Baden-Baden. Beck, Hart, Nomos.

GUTIÉRREZ, J. C. y CANTÚ, S. (2010) "La Restricción a la Jurisdicción Militar en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*", SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos,* V. 7 Nº 13, pp. 75-97.

HARRIS, D.J., O´BOYLE, M. y WARBRICK, C. (2018), *Law of the European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Oxford: Oxford University Press.

HERNÁNDEZ, R. (2008) "Consecuencias de la actuación de la ONU en Srebrenica*", Boletín de Información*, Nº. 306, pp. 25-42.

HERMAN, E. S. (2006) "The Approved Narrative of the Srebrenica Massacre", *International journal for the semiotics of law,* Nº. 4, pp. 409-434.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (1997) "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas". *Revista de Derecho Político*, Nº 43, pp. 13-27.

HUERTAS DÍAZ, O. (2015). "La prescripción frente a la legalidad en el derecho internacional. La legitimación del derrumbe de la legalidad." *Ambiente Jurídico, nº. 17*, pp. 95-123.

JÁUDENES PIFERRER, J. (2023) *El estatuto jurídico internacional del buque de guerra. Análisis de su doble condición, como objeto de regulación e instrumento del Estado.* Tesis doctoral. Universidad de Zaragoza.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2002) *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial,* Madrid: Colex.

JIMENEZ JIMENEZ, F. (1987) *Introducción al Derecho Penal Militar*, Madrid: Civitas.

JIMENEZ VILLAREJO, J. (1989) "Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar", *Revista Española de Derecho Militar,* Nº 53, pp. 11-26.

JÜRGENSSEN, T.E. (2022) "Protecting Human Rights While Conducting Military Operations Abroad: a Critical Analysis of The European Court of Human Rights' Recent Judgement in Hanan v. Germany", *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 38, pp. 487-523.

KATZ COGAN, J. (2013) "Stichting Mothers of Srebrenica v. Netherlands*", American Journal of International Law*, Vol. 107, Nº. 4, pp. 884-890.

LANDA GOROSTIZA, J. (2015) "Artículo 7. No hay pena sin ley" en LASAGABASTER HERRARTE, I. (director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, pp. 323-369.

LAWRENCE J. MORRIS (2010) *Military justice. A guide to the issues.* Westport, CT: Praeger Security International.

LEIGH, I., BORN, H., LAZZARINI, C. y CLEMENTS, I. (2008) *Manual sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales sobre el Personal de las Fuerzas Armadas,* Varsovia: Oficina de la OSCE para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR).

LO CASCIO, M. (1958) *Diritto Penale Militare,* Milán, A. Giuffrè.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (director) (2018) *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Valencia, Tirant lo Blanch.

LÓPEZ GUERRA, L. (2021), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.* Valencia, Tirant lo Blanch.

LORENZO PONCE DE LEÓN, R. (2008) "Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón", *Revista española de Derecho Militar,* nº 91, pp. 85-140.

LLEDÓ VÁSQUEZ, R. I. (2016). *El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid.

MARTÍN DELPÓN, J. L. (2018) "La información reservada en el ámbito disciplinario: Una laguna en las garantías del procedimiento sancionador", *Revista española de derecho militar*, Nº 109-110, pp. 199-236.

MARTÍN RÍOS. M.P. (2016) *Medidas cautelares personales. Detención, libertad provisional y prisión preventiva.* Juruá.

MARTÍN RÍOS, P. (2022), "La necesidad de celebrar vista en la segunda instancia penal, a la luz de recientes pronunciamientos del TEDH" en MARTINÓN QUINTERO, R. y CALZADILLA MEDINA, M. A. (directoras), *La Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030: Congreso de Derecho Internacional de la Unión Europea: (1 ed.).* Madrid, Dykinson.

MARTÍNEZ GUILLEM, R. (2012) *La detención operativa en la frontera entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tesis doctoral, Universitat de València.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2013) "Nuevos tiempos para las Fuerzas Armadas en democracia y nuevos perfiles de sus componentes", *Working Papers*: Institut de Ciències Polítiques i Socials, Nº. 321, .

MILIONE, C. (2015) *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Valencia: Tirant lo Blanch.

MILIONE, C. (2020) "La noción de seguridad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: referencias al derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de Derecho Político*, 1(107), pp. 241–267.

MIR PUIG, S. (2016) *Derecho Penal. Parte general. 10ª edición*, Barcelona: Reppertor.

MIRA ROS, C. (2001) "Que el juez instructor no falle: nueva doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre el juez imparcial*", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, pp. 1706-1714.

MONTERO AROCA, J. (1999) *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. (2018) *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MORENO TRAPIELLA, P. (2013) "La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento administrativo sancionador*", Revista Española de Derecho Administrativo,* Nº 157, pp. 49-84.

MOZO SEOANE, A. (1988) "Ilícito penal e ilícito disciplinarlo en el Derecho militar" en BLECUA FRAGA, R. *et alt. Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid: Civitas, pp. 184-ss.

MOZO SEOANE, A. (2018), *La atribución legal de discrecionalidad. En torno a la discrecionalidad valorativa,* Madrid: Reus.

MUERZA ESPARZA, J. J. (2001) "La valoración de la prueba en el proceso penal español" en ROBLES GARZÓN, J. A. (coordinador) *La protección de testigos y peritos en causas criminales: comunicaciones y ponencias*, Málaga: Servicio de Publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2019) *Derecho Penal. Parte general. 10ª edición*, Valencia: Tirant lo Blanch.

NIETO GARCÍA, A. (1962) "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo"*, Revista de administración pública*, Nº 37, pp. 75-126.

NIETO GARCÍA, A. (1966) "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España"*, Revista de administración pública*, Nº 50, pp. 27-50.

NIETO GARCÍA, A. (1968) "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo", *Revista de administración pública,* Nº 57, pp. 9-34.

NOLTE, G. (2003) *European Military Law systems,* Berlín: De Gruyter Recht.

OLÁSOLO ALONSO, H. (2013)*. Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional.* Valencia: Tirant lo Blanch.

OMKAR, S. (2017) *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Cambridge, Intersentia.

OUELLETTE, J. A. (2014) "In The Field" A Legal Analysis of Military Jurisdiction Over Civilian Contractors Accompanying the Armed Forces During a Contingency Operation for Offenses Committed Outside of an Area of Actual Fighting, *National Security Law Brief,* 4, Nº 2, pp. 21-41.

OVEJERO PUENTE, A.M. (2019) *El derecho al juicio justo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1968) "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *Revista de Administración Pública*, Nº 55, pp. 65-112.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1969) "Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública*, Nº 59, pp. 41-70.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2012) "Sobre la compatibilidad de las jurisdicciones militares con las exigencias del juicio equitativo. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en HINOJO ROJAS, M. (coord.) *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea,* Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2012) "Sobre la compatibilidad de las jurisdicciones militares con las exigencias del juicio equitativo. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*,* en HINOJO ROJAS, M. (coordinador) *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea,* Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2023)*, Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 27ª ed., Madrid, Tecnos.

PICÓ I JUNOY, J. (1998) *La imparcialidad judicial sus garantías: la abstención y recusación,* Barcelona: Bosch.

PIGNATELLI Y MECA, F. (2009) "Acerca de la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950", *Revista española de Derecho militar*, Nº 93, pp. 223-285.

PINTADO RODRÍGUEZ, C. (2016) "El Ejército Europeo. Entre la quimera y la necesidad", *Revista Ejército: de tierra español*, Nº. 904, pp. 6-13.

PITARCH, J. L. (1984) *El honor y el honor militar,* Barcelona: Grijalbo.

PLANCHADELL GARGALLO, A. (2008) "Valor probatorio del atestado policial" en VIDALES RODRÍGUEZ, C. y MERA REDONDO, A. (coord.), *Seguridad vial (especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 379-400.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (2020) *Hablemos de Derechos Humanos. La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque,* Valencia, Tirant lo Blanch.

PRIETO SANCHÍS, L. (2000) "Notas sobre el origen y la evolución de los Derechos Humanos" en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL, J.A. (eds.) y otros, *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho.* Madrid: Dykinson.

PUJADAS TORTOSA, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso.* Marcial Pons.

QUERALT JIMÉNEZ, A. (2008) *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RAINEY, B., MCCORMICK, P. y OVEY, C. (2014), *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights,* Oxford: Oxford University Press.

RIVES SEVA, A. P. (1999) *La Prueba en el Proceso Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

RIPOL CARULLA, S. (2007) "Incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran la vulneración por España del CEDH", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, pp. 309-346.

ROBINSON, P. (2006) *Military Honour and the Conduct of War: from Ancient Greece to Iraq,* Abingdon: Routledge.

RODRIGUEZ SOL, L. (2000) "La imparcialidad objetiva de los Tribunales antes y después de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar contra España)*", Revista del Ministerio Fiscal,* nº 7, pp. 95-124.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2006) "La jurisdicción militar en el artículo 117.5 de la Constitución", *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 112 (Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios), pp. 15-45.

ROIG, R.F. (2000) "Los Límites de los Derechos Humanos" en SORIANO DÍAZ, R.L. (dir.) y otros. *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos,* Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, pp. 191-199.

ROJAS CARO. J. (1990) *Derecho disciplinario militar,* Madrid: Tecnos.

ROWE, P.J. (2006) *The impact of human rights law on armed forces.* Cambridge: Cambridge University Press.

RYNGAERT, C. y SCHRIJVER, N. J. (2015) "Lessons learned from Srebrenica massacre: from UN peacekeeping reform to legal responsibility", *Netherlands international law review*, Vol. 62, Nº. 2, pp. 219-227.

RYNGAERT, C. y SPIJKERS, O. (2019) "The End of the Road: State Liability for Acts of UN Peacekeeping Contingents After the Dutch Supreme Court's Judgment in Mothers of Srebrenica (2019)", *Netherlands international law review,* Vol. 66, Nº 3, pp. 537-553.

SALIDO CAMPOS, G. (2015) "La información reservada en los procedimientos sancionadores en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil", *Actualidad administrativa*, Nº 12.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994) *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid: Tecnos.

SÁNCHEZ MUÑOZ, O. (2019) "El derecho a un tribunal independiente e imparcial" en MATIA PORTILLA, F.J. Y DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (directores), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 19-62.

SCHWIKKARD, P. J. (2008), *Possibilities of Convergence: an outside perspective on the convergence of criminal procedures in Europe,* Kluwer.

SUÁREZ LEOZ, D. (2017) "Conflictos armados sin carácter internacional y derecho internacional humanitario: normativa aplicable", en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coordinadores), *Derecho Internacional Humanitario* (3ª ed.), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 971-992.

TRIANA REYES, B. (2018) "Doctrina constitucional en torno al carácter revisor de la jurisdicción contenciosa: STC 23/2018, de 5 de marzo", *Actualidad administrativa*, Nº 5.

VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G. J. H. (1998) *Theory and practice of the European convention on human rights.* Kluwer Law Int.

VAN DROOGHENBROECK, S. *Trois années de jurisprudence de la CEDH 1999-2001*. Larcier. (Les dossiers du journal des tribunaux 39).

WALLACE, S. (2019) *The application of the European Convention on Human Rights to military operations*. Cambridge: Cambridge University Press.

ZIEBA, R. (2018) "The European Union as a security actor on the international stage toward a European army?" en PODRAZA, J.A. (coord.) *A transatlantic or European perspective of world affairs: NATO and the EU towards problems of international security in the 21st century,* Alcalá de Henares: Editorial Universidad de Alcalá, pp. 65-81.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

(en orden cronológico)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias Gran Sala)

STEDH (GS) en el caso John Murray contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996
STEDH (GS) en el caso Chahal contra Reino Unido, de 15 de noviembre de 1996
STEDH (GS) en el caso Grigoriadis contra Grecia, de 25 de noviembre de 1997
STEDH (GS) en el caso Incal contra Turquía, de 9 de junio de 1998
STEDH (GS) en el caso García Ruiz contra España, de 21 de enero de 1999
STEDH (GS) en el caso Nikolova contra Bulgaria, de 2 de marzo de 1999
STEDH (GS) en el caso Pélissier y Sassi contra Francia, de 25 de marzo de 1999
STEDH (GS) en el caso Rekvényi contra Hungría, de 20 de mayo de 1999
STEDH (GS) en el caso Rowe y Davis contra Reino Unido, de 16 de febrero de 2000
STEDH (GS) en el caso Labita contra Italia, de 6 de abril de 2000
STEDH (GS) en el caso Frydlender contra Francia, de 27 de junio de 2000
STEDH (GS) en el caso K. H. W. contra Alemania de 22 de marzo de 2001
STEDH (GS) en el caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania de 22 de marzo de 2001
STEDH (GS) en el caso Kress contra Francia, de 7 de junio de 2001
STEDH (GS) en el caso Meftah y otros contra Francia, de 26 de julio de 2002
STEDH (GS) en el caso Ezeh y Connors contra Reino Unido, de 9 de octubre de 2003
STEDH (GS) en el caso Cooper contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 2003
STEDH (GS) en el caso Grieves contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 2003
STEDH (GS) en el caso Assanidze contra Georgia, de 8 de abril de 2004
STEDH (GS) en el caso Öcalan contra Turquía, de 12 de mayo de 2005
STEDH (GS) en el caso Natchova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005
STEDH (GS) en el caso Martinie contra Francia, de 12 de abril de 2006
STEDH (GS) en el caso Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006
STEDH (GS) en el caso Hermi contra Italia, de 18 de octubre de 2006
STEDH (GS) en el caso Kafkaris contra Chipre, de 12 de febrero de 2008
STEDH (GS) en el caso Salduz contra Turquía, de 27 de noviembre de 2008
STEDH (GS) en el caso Sergey Zolotukhin contra Rusia, de 10 de febrero de 2009
STEDH (GS) en el caso Bykov contra Rusia de 10 de marzo de 2009
STEDH (GS) en el caso Scoppola contra Italia (nº 2), de 17 de septiembre de 2009
STEDH (GS) en el caso Medvedyev y otros contra Francia, de 29 de marzo de 2010

STEDH (GS) en el caso Kononov contra Letonia, de 17 de mayo de 2010
STEDH (GS) en el caso Gäfgen contra Alemania, de 1 de junio de 2010
STEDH (GS) en el caso RTBF contra Bélgica, de 29 de marzo de 2011
STEDH (GS) en el caso Al-Jedda contra Reino Unido, de 7 de julio de 2011
STEDH (GS) en el caso Nejdet Şahin y Perihan Şahin contra Turquía, de 20 de octubre de 2011
STEDH (GS) en el caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011
STEDH (GS) en el caso Creangă contra Rumanía, de 23 de febrero de 2012
STEDH (GS) en el caso Konstantin Markin contra Rusia de 22 de marzo de 2012
STEDH (GS) en el caso Allen contra Reino Unido de 12 de julio de 2013
STEDH (GS) en el caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina, de 18 de julio de 2013
STEDH (GS) en el caso Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013
STEDH (GS) en el caso Margus contra Croacia, de 27 de mayo de 2014
STEDH (GS) en el caso Georgia contra Rusia (I) de 3 de julio de 2014
STEDH (GS) en el caso Chiragov y otros contra Armenia, de 16 de junio de 2015
STEDH (GS) en el caso Vasiliauskas contra Lituania, de 20 de octubre de 2015
STEDH (GS) en el caso Dvorski contra Croacia, de 20 de octubre de 2015
STEDH (GS) en el caso Schatschaschwili contra Alemania, de 15 de diciembre de 2015
STEDH (GS) en el caso Mozer contra la República de Moldavia y Rusia de 23 de febrero de 2016
STEDH (GS) en el caso Blokhin contra Rusia, de 23 de marzo de 2016
STEDH (GS) en el caso Ibrahim y otros contra Reino Unido, de 13 de septiembre de 2016
STEDH (GS) en el caso A. y B. contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016
STEDH (GS) en el caso Khlaifia y otros contra Italia, de 15 de diciembre de 2016
STEDH (GS) en el caso Correia de Matos contra Portugal, de 4 de abril de 2018
STEDH (GS) en el caso Beuze contra Bélgica, de 9 de noviembre de 2018
STEDH (GS) en el caso Navalnyy contra Rusia, de 15 de noviembre de 2018
STEDH (GS) en el caso Ilnseher contra Alemania, de 4 de diciembre de 2018
STEDH (GS) en el caso Drelingas contra Lituania, de 12 de marzo de 2019
STEDH (GS) en el caso Ilgar Mammadov contra Azerbaiyán de 29 de mayo de 2019
STEDH (GS) en el caso Guðmundur Andri Ástráðsson contra Islandia, de 1 de diciembre de 2020
STEDH (GS) en el caso Hanan contra Alemania, de 16 de febrero de 2021

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias)

STEDH en el caso Lawless contra Irlanda (nº 3), de 1 de julio de 1961
STEDH en el caso Neumeister contra Austria, de 27 de junio de 1968
STEDH en el caso Delcourt contra Bélgica, de 17 de enero de 1970
STEDH en el caso De Wilde, Ooms y Verysp contra Bélgica de 18 de junio de 1971

STEDH en el caso Ringeisen contra Austria, de 16 de julio de 1971
STEDH en el caso Golder contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1975
STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976
STEDH en el caso König contra Alemania, de 28 de junio de 1978
STEDH en el caso Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979
STEDH en el caso Winterwerp contra Países Bajos, de 24 de octubre de 1979
STEDH en el caso Schiesser contra Suiza de 4 de diciembre de 1979
STEDH en el caso Deweer contra Bélgica, de 27 de febrero de 1980
STEDH en el caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica, de 23 de junio de 1981
STEDH en el caso Sporrong y Lönnroth contra Suecia, de 23 de septiembre de 1982
STEDH en el caso Piersack contra Bélgica, de 1 de octubre de 1982
STEDH en el caso Albert y Le Compte contra Bélgica, de 10 de febrero de 1983
STEDH en el caso Minelli contra Suiza, de 25 de marzo de 1983
STEDH en el caso Öztürk contra Alemania, de 21 febrero de 1984
STEDH en el caso Sutter contra Suiza, de 22 de febrero de 1984
STEDH en el caso Luberti contra Italia de 23 de febrero de 1984
STEDH en el caso De Jong, Baljet y Van den Brink contra Países Bajos, de 22 de mayo de 1984
STEDH en el caso Duinhof y Duijf contra Países Bajos, de 22 de mayo de 1984
STEDH en el caso Van Der Sluijs, Zuiderveld y Klappe contra Países Bajos, de 22 de mayo de 1984
STEDH en el caso Campbell y Fell contra Reino Unido, de 28 de junio de 1984
STEDH en el caso Sramek contra Austria, de 22 de octubre de 1984
STEDH en el caso Bönisch contra Austria, de 6 de mayo de 1985
STEDH en el caso Ashingdane contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985
STEDH en el caso Unterpertinger contra Austria, de 24 de noviembre de 1986
STEDH en el caso Monell y Morris contra Reino Unido, de 2 de marzo de 1987
STEDH en el caso Belilos contra Suiza, de 29 de abril de 1988
STEDH en el caso Salabiaku contra Francia, de 7 de octubre de 1988
STEDH en el caso Pauwels contra Bélgica de 26 de mayo de 1988
STEDH en el caso Brogan y otros contra Reino Unido, de 29 de noviembre de 1988
STEDH en el caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España, de 6 diciembre 1988
STEDH en el caso Hauschildt contra Dinamarca, de 24 de mayo de 1989
STEDH en el caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido, de 30 de agosto de 1990
STEDH en el caso Koster contra Países Bajos, de 28 de noviembre de 1991
STEDH en el caso Pfeifer y Plankl contra Austria, de 25 de febrero de 1992
STEDH en el caso Croissant contra Alemania, de 25 de septiembre de 1992
STEDH en el caso Francesco Lombardo contra Italia, de 26 de noviembre de 1992
STEDH en el caso Hadjianastassiou contra Grecia, de 16 de diciembre de 1992
STEDH en el caso Fey contra Austria, de 24 de febrero de 1993

STEDH en el caso Padovani contra Italia, de 26 de febrero de 1993
STEDH en el caso Kokkinakis contra Grecia, de 25 de mayo de 1993
STEDH en el caso Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria de 30 de junio de 1993
STEDH en el caso Massa contra Italia, de 24 de agosto de 1993
STEDH en el caso Poitrimolv contra Francia, de 23 de noviembre de 1993
STEDH en el caso Saraiva de Carvalho contra Portugal, de 22 de abril de 1994
STEDH en el caso Fayed contra Reino Unido, de 21 de septiembre de 1994
STEDH en el caso Welch contra Reino Unido, de 9 de febrero de 1995
STEDH en el caso Allenet de Ribemont contra Francia, de 10 de febrero de 1995
STEDH en el caso Fischer contra Austria, de 26 de abril de 1995
STEDH en el caso Kerojärvi contra Finlandia, de 19 de julio de 1995
STEDH en el caso Schmautzer contra Austria, de 23 de octubre de 1995
STEDH en el caso Gradinger contra Austria, de 23 de octubre de 1995
STEDH en el caso C. R. contra Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995
STEDH en el caso Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996
STEDH en el caso Bulut contra Austria, de 22 de febrero de 1996
STEDH en el caso Mitap y Müftüoglu contra Turquía, 25 de marzo de 1996
STEDH en el caso Amuur contra Francia, de 25 de junio de 1996
STEDH en el caso Akdivar y otros contra Turquía, de 16 de septiembre de 1996
STEDH en el caso De Salvador Torres contra España, de 24 de octubre de 1996
STEDH en el caso Findlay contra Reino Unido, de 25 de febrero de 1997
STEDH en el caso Niegel contra Francia, de 17 de marzo de 1997
STEDH en el caso Hornsby contra Grecia, de 19 de marzo de 1997
STEDH en el caso Georgiadis contra Grecia, de 29 de mayo de 1997
STEDH en el caso Tsirlis y Kouloumpas contra Grecia de 29 de mayo de 1997
STEDH en el caso Coyne contra Reino Unido, de 24 de septiembre de 1997
STEDH en el caso Serves contra Francia, de 20 de octubre de 1997
STEDH en el caso Larissis y otros, de 24 de febrero de 1998
STEDH en el caso Daud contra Portugal, de 21 de abril de 1998
STEDH en el caso Tinnelly & Sons Ltd y otros y McElduff y otros contra Reino Unido, de 10 de julio de 1998
STEDH en el caso Le Calvez contra Francia, de 29 de julio de 1998
STEDH en el caso Oliveira contra Suiza, de 30 de julio de 1998
STEDH en el caso Malige contra Francia, de 23 de septiembre de 1998
STEDH en el caso Ciraklar contra Turquía, de 28 de octubre de 1998
STEDH en el caso Castillo Algar contra España, de 28 de octubre de 1998
STEDH en el caso Hood contra Reino Unido, de 18 de febrero de 1999
STEDH en el caso Waite y Kennedy contra Alemania, de 18 de febrero de 1999
STEDH en el caso Cable y otros contra Reino Unido, de 18 de febrero de 1999
STEDH en el caso McGinley y Egan contra Reino Unido, de 9 de junio de 1998
STEDH en el caso Sürek contra Turquía nº 1, de 8 de julio de 1999
STEDH en el caso Sürek contra Turquía nº 2, de 8 de julio de 1999
STEDH en el caso Sürek contra Turquía nº 3, de 8 de julio de 1999
STEDH en el caso Sürek contra Turquía nº 4, de 8 de julio de 1999

STEDH en el caso Sürek y Özdemir contra Turquía nº 4, de 8 de julio de 1999
STEDH en el caso Karataş contra Turquía, de 8 de julio de 1999
STEDH en el caso Okçuoglu contra Turquía, de 8 de julio de 1999
STEDH en el caso Başkaya y Okçuoğlu contra Turquía, de 8 de julio de 1999
STEDH en el caso Gerger contra Turquía, de 8 de julio de 1999
STEDH en el caso Lustig-Prean y Beckett contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999
STEDH en el caso Smith y Ford contra Reino Unido, de 29 de septiembre de 1999
STEDH en el caso Moore y Gordon contra Reino Unido, de 29 de septiembre de 1999
STEDH en el caso Pellegrin contra Francia, de 8 de diciembre de 1999
STEDH en el caso Jordan contra Reino Unido, de 14 de marzo de 2000
STEDH en el caso Khan contra el Reino Unido, de 12 de mayo de 2000
STEDH en el caso Averill contra Reino Unido, de 6 de junio de 2000
STEDH en el caso Sener contra Turquía, de 18 de julio de 2000
STEDH en el caso Mattoccia contra Italia, de 25 de julio de 2000
STEDH en el caso Daktaras contra Lituania, de 10 de octubre de 2000
STEDH en el caso Quinn contra Irlanda, de 21 de diciembre de 2000
STEDH en el caso Heaney y McGuiness contra Irlanda, de 21 de diciembre de 2000
STEDH en el caso Wilkinson y Allen contra Reino Unido, de 6 de febrero de 2001
STEDH en el caso García Alva contra Alemania de 13 de febrero de 2001
STEDH en el caso Krombach contra Francia, de 13 de febrero de 2001
STEDH en el caso Mehdi Zana contra Turquía, de 6 de marzo de 2001
STEDH en el caso Telfner contra Austria, de 20 de marzo de 2001
STEDH en el caso Z y otros contra Reino Unido, de 10 de mayo de 2001
STEDH en el caso Franz Fischer contra Austria de 29 de mayo de 2001
STEDH en el caso Sadak y otros contra Turquía (nº 1), de 17 de julio de 2001
STEDH en el caso P.G. y J.H. contra el Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Ari contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Sahiner contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Mehmet Ali Yılmaz contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Fikret Doğan contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Selçuk Yıldırım contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Tamkoç contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Yalgın contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Güneş contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Kizilöz contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Yakis contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Arap Yalgin y otros contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Gülşen y Halil Yasin Ketenoğlu contra Turquía, de 25 de septiembre de 2001
STEDH en el caso Díaz Aparicio contra España, de 14 de octubre de 2001

STEDH en el caso Fogarty contra Reino Unido, de 21 de noviembre de 2001
STEDH en el caso Morris contra Reino Unido, de 26 de febrero de 2002
STEDH en el caso Butkevicius contra Lituania, de 26 de marzo de 2002
STEDH en el caso E.K. contra Turquía, de 7 de mayo de 2002
STEDH en el caso W.F. contra Austria de 30 de mayo de 2002
STEDH en el caso Sailer contra Austria de 6 de junio de 2002
STEDH en el caso Göktan contra Francia, de 2 de julio de 2002
STEDH en el caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002
STEDH en el caso Perote Pellón contra España, de 25 de julio de 2002
STEDH en el caso Karakoç y otros contra Turquía, de 15 de octubre de 2002
STEDH en el caso Allan contra el Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002
STEDH en el caso Özel contra Turquía. de 7 de noviembre de 2002
STEDH en el caso Lavents contra Letonia, de 28 de noviembre de 2002
STEDH en el caso Jordan contra Reino Unido (nº 2), de 10 de diciembre de 2002
STEDH en el caso McGee contra Francia, de 7 de enero de 2003
STEDH en el caso Veeber contra Estonia (nº 2), de 21 de enero de 2003
STEDH en el caso Demirel contra Turquía, de 28 de enero de 2003
STEDH en el caso N. K. contra Turquía, de 30 de enero de 2003
STEDH en el caso Atça y otros contra Turquía, de 6 febrero de 2003
STEDH en el caso Özdemir contra Turquía, de 6 febrero de 2003
STEDH en el caso Posokhov contra Rusia, de 4 de marzo de 2003
STEDH en el caso Multiplex contra Croacia, de 10 de julio de 2003
STEDH en el caso De Biagi contra San Marino, de 15 de julio de 2003
STEDH en el caso Sigurthor Arnassson contra Islandia, de 15 de julio de 2003
STEDH en el caso Ryabykh contra Rusia, de 24 de julio de 2003
STEDH en el caso Vasileva contra Dinamarca, de 25 de septiembre de 2003
STEDH en el caso Kizilyaprak contra Turquía, de 2 de octubre de 2003
STEDH en el caso Gencel contra Turquía, de 23 de octubre de 2003
STEDH en el caso López Solé y Martín Vargas contra España, de 28 de octubre de 2003
STEDH en el caso Alfatli y otros (en relación al recurrente Mahmut Memduh Uyan) contra Turquía, de 30 de octubre de 2003
STEDH en el caso Kenan Yavuz contra Turquía, de 13 de noviembre de 2003
STEDH en el caso Dursun y otros contra Turquía, de 4 de diciembre de 2003
STEDH en el caso Ükünç y Günes contra Turquía, de 18 de diciembre de 2003
STEDH en el caso Pezone contra Italia, de 18 de diciembre de 2003
STEDH en el caso Kyprianou contra Chipre, de 27 de enero de 2004
STEDH en el caso Tahir Duran contra Turquía, de 29 de enero de 2004
STEDH en el caso Halil Dogan contra Turquía, de 29 de enero de 2004
STEDH en el caso Kalyoncugil y otros contra Turquía, de 29 de enero de 2004
STEDH en el caso Radio France y otros contra Francia, de 30 de marzo de 2004
STEDH en el caso Takak contra Turquía, de 1 de abril de 2004
STEDH en el caso Mehdi Zana contra Turquía nº 2, de 6 de abril de 2004
STEDH en el caso Tezcan Uzunhasanoglu contra Turquía, de 20 de abril de 2004
STEDH en el caso Cianetti contra Italia, de 22 de abril de 2004

STEDH en el caso Kadlec contra República Checa, de 25 de mayo de 2004
STEDH en el caso Hilda Hafsteindóttir contra Islandia de 8 de junio de 2004
STEDH en el caso Thompson contra Reino Unido, de 15 de junio de 2004
STEDH en el caso Le Petit contra Reino Unido, de 15 de junio de 2004
STEDH en el caso G.W. contra Reino Unido, de 15 de junio de 2004
STEDH en el caso Ahmet Koç contra Turquía, de 22 de junio de 2004
STEDH en el caso Lesker Acar contra Turquía, de 22 de junio de 2004
STEDH en el caso Ciszewski contra Polonia, de 13 de julio de 2004
STEDH en el caso Aksaç contra Turquía, de 15 de julio de 2004
STEDH en el caso Colak (nº 2) contra Turquía, de 15 de julio de 2004
STEDH en el caso Nikitin contra Rusia, 20 de julio de 2004
STEDH en el caso Caloglu contra Turquía, de 29 de julio de 2004
STEDH en el caso Okutan contra Turquía, de 29 de julio de 2004
STEDH en el caso Süleyman Yildirim contra Turquía, de 29 de julio de 2004
STEDH en el caso Iprhim Ülger contra Turquía, de 29 de julio de 2004
STEDH en el caso Murat Kilic contra Turquía, de 30 de septiembre de 2004
STEDH en el caso Mancheva contra Bulgaria, de 30 de septiembre de 2004
STEDH en el caso Mehmet Bülent Yilmaz y Sahin Yilmaz contra Turquía, de 7 de octubre de 2004
STEDH en el caso Yanikoglu contra Turquía, de 14 de octubre de 2004
STEDH en el caso Durmaz y otros contra Turquía, de 14 de octubre de 2004
STEDH en el caso Varli y otros contra Turquía, de 19 de octubre de 2004
STEDH en el caso Doganer contra Turquía, de 21 de octubre de 2004
STEDH en el caso Y. B. y otros contra Turquía, de 28 de octubre de 2004
STEDH en el caso Kaymaz y otros contra Turquía, de 28 de octubre de 2004
STEDH en el caso Riza Dinç contra Turquía, de 28 de octubre de 2004
STEDH en el caso Epözdemir contra Turquía, de 28 de octubre de 2004
STEDH en el caso Ayse Özturk contra Turquía, de 4 de noviembre de 2004
STEDH en el caso Marasli contra Turquía, de 9 de noviembre de 2004
STEDH en el caso Canevi y otros contra Turquía, de 10 noviembre 2004
STEDH en el caso Dicle contra Turquía, de 10 de noviembre de 2004
STEDH en el caso Kalin contra Turquía, de 10 de noviembre de 2004
STEDH en el caso Halis contra Turquía, de 11 de enero de 2005
STEDH en el caso Mayzit contra Rusia, de 20 de enero de 2005
STEDH en el caso Akkum y otros contra Turquía, de 24 de marzo de 2005
STEDH en el caso Mathaeus contra Francia, de 31 de marzo de 2005
STEDH en el caso Volkova contra Rusia, de 5 de abril de 2005
STEDH en el caso Temel y Taşkin contra Turquía, de 30 de junio de 2005
STEDH en el caso Moldovan y otros contra Rumania, de 12 de julio de 2005
STEDH en el caso Roseltrans contra Rusia, de 21 de julio de 2005
STEDH en el caso Gourepka contra Ucrania, de 6 de septiembre de 2005
STEDH en el caso Han contra Turquía, de 13 de septiembre de 2005
STEDH en el caso Sevgin y İnce contra Turquía, de 20 de septiembre de 2005
STEDH en el caso Roche contra Reino Unido, de 19 de octubre de 2005
STEDH en el caso Bulut contra Turquía, de 22 de noviembre de 2005

STEDH en el caso A. D. contra Turquía, de 22 de diciembre de 2005
STEDH en el caso Achour contra Francia, de 29 de marzo de 2006
STEDH en el caso Puig Panella contra España, de 25 de abril de 2006
STEDH en el caso Zubko y otros contra Ucrania, de 26 de abril de 2006
STEDH en el caso Sergey Shevchenko contra Ucrania, de 4 de julio de 2006
STEDH en el caso Kanayev contra Rusia, de 27 de julio de 2006
STEDH en el caso Matijašević contra Serbia, de 19 de septiembre de 2006
STEDH en el caso Maszni contra Rumania, de 21 de septiembre de 2006
STEDH en el caso Pessino contra Francia, de 10 de octubre de 2006
STEDH en el caso Martin contra Reino Unido, de 24 de octubre de 2006
STEDH en el caso Pakkan contra Turquía, de 31 de octubre de 2006
STEDH en el caso Dacosta Silva contra España, de 2 de noviembre de 2006
STEDH en el caso Hajiyev contra Azerbaiyán, de 16 de noviembre de 2006
STEDH en el caso Klimentyev contra Rusia, de 16 de noviembre de 2006
STEDH en el caso Hajiyev contra Azerbaiyán, de 16 de noviembre de 2006
STEDH en el caso Markovic y otros contra Italia, de 14 de diciembre de 2006
STEDH en el caso Prisyazhnikova y Dolgopolov contra Rusia, de 28 de diciembre de 2006
STEDH en el caso Bell contra Reino Unido, de 16 de enero de 2007
STEDH en el caso Halil Gündogan (núm. 2) contra Turquía, de 16 de enero de 2007
STEDH en el caso Garycki contra Polonia, de 6 de febrero de 2007
STEDH en el caso Nešták contra Eslovaquia, de 27 de febrero de 2007
STEDH en el caso Castravet contra Moldavia, de 13 de marzo de 2007
STEDH en el caso Istratii y otros contra Moldavia, de 27 de marzo de 2007
STEDH en el caso Stoimenov contra la antigua República Yugoslava de Macedonia, de 5 de abril de 2007
STEDH en el caso Haci Özen contra Turquía, de 12 de abril de 2007
STEDH en el caso Vilho Eskelinen y otros contra Finlandia, de 19 de abril de 2007
STEDH en el caso Dragotoniu y Militaru-Pidhorni contra Rumanía, de 24 de mayo de 2007
STEDH en el caso Pridatchenko y otros contra Rusia, de 21 de junio de 2007
STEDH en el caso Harutyunyan contra Armenia, de 28 de junio de 2007
STEDH en el caso Jorgic contra Alemania, de 12 de julio de 2007
STEDH en el caso Zaicevs contra Letonia, de 31 de julio de 2007
STEDH en el caso Vassilios Stavropoulos contra Grecia, de 27 de septiembre de 2007
STEDH en el caso Mantog contra Rumania, de 11 de octubre de 2007
STEDH en el caso Khamidov contra Rusia, de 15 de noviembre de 2007
STEDH en el caso Hummatov contra Azerbaiyán, de 29 de noviembre de 2007
STEDH en el caso Josephides contra Chipre, de 6 de diciembre de 2007
STEDH en el caso Boyle contra Reino Unido, de 8 de enero de 2008
STEDH en el caso Vitan contra Rumania, de 25 de marzo de 2008
STEDH en el caso Ismoilov y otros contra Rusia, de 24 de abril de 2008
STEDH en el caso Spînu contra Rumania, de 29 de abril de 2008

STEDH en el caso Petrova y Chornobryvets contra Ucrania, de 15 de mayo de 2008
STEDH en el caso Abdullah Yilmaz contra Turquía, de 17 de junio de 2008
STEDH en el caso Gómez de Liaño y Botella contra España, de 22 de julio de 2008
STEDH en el caso Korbely contra Hungría, de 19 de septiembre de 2008
STEDH en el caso Grayson y Barnham contra Reino Unido, de 23 de septiembre de 2008
STEDH en el caso Moiseyev contra Rusia, de 9 de octubre de 2008
STEDH en el caso Itslayev contra Rusia, de 9 de octubre de 2008
STEDH en el caso Timergaliyev contra Rusia, de 14 de octubre de 2008
STEDH en el caso Taliadorou y Stylianou contra Chipre, de 16 de octubre de 2008
STEDH en el caso Kilavuz contra Turquía, de 21 de octubre de 2008
STEDH en el caso Miroshnik contra Ucrania, de 27 de noviembre de 2008
STEDH en el caso Bazo González contra España, de 16 de diciembre de 2008
STEDH en el caso G. contra Finlandia, de 27 de enero de 2009
STEDH en el caso Olujić contra Croacia, de 5 de febrero de 2009
STEDH en el caso Igual Coll contra España, de 10 de marzo de 2009
STEDH en el caso Beker contra Turquía, de 24 de marzo de 2009
STEDH en el caso Grioryevskikh contra Rusia de 9 de abril de 2009
STEDH en el caso K. H. y otros contra Eslovaquia, de 28 de abril de 2009
STEDH en el caso Batsanina contra Rusia, de 26 de mayo de 2009
STEDH en el caso Lawyer Partners, A.S. contra Eslovaquia, de 16 de junio de 2009
STEDH en el caso Fiume contra Italia, de 30 de junio de 2009
STEDH en el caso D. contra Finlandia, de 7 de julio de 2009
STEDH en el caso Dattel (nº 2) contra Luxemburgo, de 30 de julio de 2009
STEDH en el caso Eyüp Kaya contra Turquía, de 23 de septiembre de 2009
STEDH en el caso Erkus contra Turquía, de 29 de septiembre de 2009
STEDH en el caso Micallef contra Malta, de 15 de octubre de 2009
STEDH en el caso Yuriy Nikolayevich Ivanov contra Ucrania, de 15 de octubre de 2009
STEDH en el caso Lombardi Vallauri contra Italia, de 20 de octubre de 2009
STEDH en el caso Pasko contra Rusia, de 22 de octubre de 2009
STEDH en el caso Crompton contra Reino Unido, de 27 de octubre de 2009
STEDH en el caso Mutishev y otros contra Bulgaria, de 3 de diciembre de 2009
STEDH en el caso Kazakevich y otros contra Rusia, de 14 de enero de 2010
STEDH en el caso Aleksandr Zaichenko contra Rusia, de 18 de febrero de 2010
STEDH en el caso Cudak contra Lituania, de 23 de marzo de 2010
STEDH en el caso Korolev contra Rusia (nº 2), de 1 de abril de 2010
STEDH en el caso Fatullayev contra Azerbaiyán, de 22 de abril de 2010
STEDH en el caso caso Tendam contra España, de 13 de julio de 2010
STEDH en el caso Šikić contra Croacia, de 15 de julio de 2010
STEDH en el caso Streltsov y otros "pensionistas militares de Novocherkassk" contra Rusia, de 29 de julio de 2010
STEDH en el caso Marcos Barrios contra España, de 21 de septiembre de 2010
STEDH en el caso DMD group, A.S. contra Eslovaquia, de 5 de octubre de 2010

STEDH en el caso Farhad Aliyev contra Azerbaiyán, de 9 de noviembre de 2010
STEDH en el caso García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010
STEDH en el caso Getos-Magdic contra Croacia, de 2 de diciembre de 2010
STEDH en el caso Muradverdiyev contra Azerbaiyán, de 9 de diciembre de 2010
STEDH en el caso Trepashkin contra Rusia nº 2 de 16 de diciembre de 2010
STEDH en el caso Servet Gündüz y otros contra Turquía, de 11 de enero de 2011
STEDH en el caso Glentzes contra Grecia, de 13 de enero de 2011
STEDH en el caso Pulatli contra Turquía, de 26 de abril de 2011
STEDH en el caso Sutyagin contra Rusia, de 3 de mayo de 2011
STEDH en el caso Ganea contra Moldavia, de 17 de mayo de 2011
STEDH en el caso Kurdov e Ivanov contra Bulgaria, de 31 de mayo de 2011
STEDH en el caso Fedorenko contra Rusia, de 20 de septiembre de 2011
STEDH en el caso Menarini Diagnostics S.r.l. contra Italia, de 27 de septiembre de 2011
STEDH en el caso Almenara Álvarez contra España, de 25 de octubre de 2011
STEDH en el caso Antonov contra Ucrania, de 3 de noviembre de 2011
STEDH en el caso Šorgi contra Serbia, 3 de noviembre de 2011
STEDH en el caso Lacadena Calero contra España, de 22 de noviembre de 2011
STEDH en el caso Zagorodniy contra Ucrania, de 24 de noviembre 2011
STEDH en el caso Beiere contra Letonia, de 29 de noviembre de 2011
STEDH en el caso Valbuena Redondo contra España, de 13 de diciembre de 2011
STEDH en el caso Kiran contra Turquía, de 10 de enero de 2012
STEDH en el caso Feti Demirtas contra Turquía, de 17 de enero de 2012
STEDH en el caso Alimuçaj contra Albania, de 7 de febrero de 2012
STEDH en el caso Alkan contra Turquía, 7 de febrero de 2012
STEDH en el caso Sergeyev y otros contra Rusia, de 6 de marzo de 2012
STEDH en el caso Serrano Contreras contra España, de 20 de marzo de 2012
STEDH en el caso Gürkan contra Turquía, de 3 de julio de 2012
STEDH en el caso Alenka Pecnik contra Eslovenia, de 27 de septiembre de 2012
STEDH en el caso Margus contra Croacia, de 13 de noviembre de 2012
STEDH en el caso Vilanova Goterris y Llop García contra España, de 27 de noviembre de 2012
STEDH en el caso Oleksandr Volkov contra Ucrania, de 9 de enero de 2013
STEDH en el caso Mosendz contra Ucrania, de 17 de enero de 2013
STEDH en el caso Zuyev contra Rusia de 19 de febrero de 2013
STEDH en el caso Momcilovic contra Serbia, de 2 de abril de 2013
STEDH en el caso Pashov y otros contra Bulgaria, de 5 de mayo de 2013
STEDH en el caso Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia, de 25 de julio de 2013
STEDH en el caso Eşin contra Turquía, de 17 de septiembre de 2013
STEDH en el caso Velinov contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia, de 19 de septiembre de 2013
STEDH en el caso Román Zurdo y otros contra España, de 8 de octubre de 2013
STEDH en el caso Nieto Macero contra España, de 8 de octubre de 2013
STEDH en el caso Gutsanovi contra Bulgaria, de 15 de octubre de 2013
STEDH en el caso Navone y otros contra Mónaco, de 24 de octubre de 2013

STEDH en el caso Jokšas contra Lituania, de 12 de noviembre de 2013
STEDH en el caso Sainz Casla contra España, de 12 de noviembre de 2013
STEDH en el caso Glien contra Alemania, de 28 de noviembre de 2013
STEDH en el caso Nikolova y Vandova contra Bulgaria, de 17 de diciembre de 2013
STEDH en el caso Placì contra Italia, de 21 de enero de 2014
STEDH en el caso Loncar contra Bosnia y Herzegovina, de 25 de febrero de 2014
STEDH en el caso Beraru contra Rumania de 18 de marzo de 2014
STEDH en el caso Matytsina contra Rusia, de 27 de marzo de 2014
STEDH en el caso Natsvlishvili y Togonidze contra Georgia, de 29 de abril de 2014
STEDH en el caso Glantz contra Finlandia, de 20 de mayo de 2014
STEDH en el caso Nykänen contra Finlandia, de 20 de mayo de 2014
STEDH en el caso Al Nashiri contra Polonia, de 24 de julio de 2014
STEDH en el caso Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia, de 24 de julio de 2014
STEDH en el caso Hassan contra Reino Unido, de 16 de septiembre de 2014
STEDH en el caso Matelly contra Francia, de 2 de octubre de 2014
STEDH en el caso Shvydka contra Ucrania, de 30 de octubre de 2014
STEDH en el caso Fatma Nur Erten y Adnan Erten contra Turquía, de 25 de noviembre de 2014
STEDH en el caso Lucky Dev contra Suecia, de 27 de noviembre de 2014
STEDH en el caso Emel Boyraz contra Turquía, de 2 de diciembre de 2014
STEDH en el caso Hassan y otros contra Francia, de 4 de diciembre de 2014
STEDH en el caso Ibrahim y otros contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 2014
STEDH en el caso Rohlena contra República Checa, de 27 de enero de 2015
STEDH en el caso Rinas contra Finlandia, de 27 de enero de 2015
STEDH en el caso Österlund contra Finlandia, de 10 de febrero de 2015
STEDH en el caso Boman contra Finlandia, de 17 de febrero de 2015
STEDH en el caso Pop y otros contra Rumania, de 24 de marzo de 2015
STEDH en el caso Solomun contra Croacia, de 2 de abril de 2015
STEDH en el caso Grabowski contra Polonia, de 30 de junio de 2015
STEDH en el caso Galambos contra Hungría, de 21 de julio de 2015
STEDH en el caso Novakovic contra Croacia, de 23 de julio de 2015
STEDH en el caso Saghatelyan contra Armenia de 20 de octubre de 2015
STEDH en el caso Tanişma contra Turquía, de 17 de noviembre de 2015
STEDH en el caso Regner contra República Checa, de 26 de noviembre de 2015
STEDH en el caso Yavuz Selim Güler contra Turquía, de 15 de diciembre de 2015
STEDH en el caso Stankovic y Trajkovic contra Serbia, de 22 de diciembre de 2015
STEDH en el caso Bergmann contra Alemania, de 7 de enero de 2016
STEDH en el caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España, de 16 de febrero de 2016
STEDH en el caso Nasr y Ghali contra Italia, de 23 de febrero de 2016
STEDH en el caso Pérez Martínez contra España, de 23 de febrero de 2016
STEDH en el caso Porcel Terribas y otros contra España, de 8 de marzo de 2016

STEDH en el caso Zalyan y otros contra Armenia, de 17 de marzo de 2016
STEDH en el caso Gómez Olmeda contra España, 29 de marzo de 2016
STEDH en el caso Lentičić contra Croacia, de 3 de mayo de 2016
STEDH en el caso Sürer contra Turquía, de 31 de mayo de 2016
STEDH en el caso Mugoša contra Montenegro, de 21 de junio de 2016
STEDH en el caso Miryana Petrova contra Bulgaria, de 21 de julio de 2016
STEDH en el caso Svitlana Atamanyuk y otros contra Ucrania, de 1 de septiembre de 2016
STEDH en el caso Mikhno contra Ucrania, de 1 de septiembre de 2016
STEDH en el caso Hernández Royo contra España, de 20 de septiembre de 2016
STEDH en el caso W.P. contra Alemania, de 6 de octubre de 2016
STEDH en el caso Muradyan contra Armenia, de 24 de noviembre de 2016
STEDH en el caso Tamer Tanrikulu contra Turquía, de 29 de noviembre de 2016
STEDH en el caso Borisova contra Bulgaria, de 21 de diciembre de 2016
STEDH en el caso Atutxa Mendiola y otros contra España, de 13 de junio de 2017
STEDH en el caso Khlebik contra Ucrania, de 25 de julio de 2017
STEDH en el caso Aymelek contra Turquía, de 30 de enero de 2018
STEDH en el caso Vilches Coronado contra España, de 23 de marzo de 2018
STEDH en el caso Şehmus Ekinci contra Turquía, de 27 de marzo de 2018
STEDH en el caso Tsvetkova y otros Rusia, de 10 de abril de 2018
STEDH en el caso Abu Zubaydah contra Lituania, de 21 de mayo de 2018
STEDH en el caso D. y M. contra Bulgaria, de 7 de junio de 2018
STEDH en el caso Aleksandar Sabev contra Bulgaria, de 19 de julio de 2018
STEDH en el caso Al Nashiri contra Rumanía, de 8 de octubre de 2018
STEDH en el caso Naranjo Acevedo contra España, de 23 de octubre de 2018
STEDH en el caso Kobiashvili contra Georgia, de 14 de marzo de 2019
STEDH en el caso Miller contra Reino Unido, de 2 de julio de 2019
STEDH en el caso Camacho Camacho contra España, de 24 de septiembre de 2019
STEDH en el caso Pardo Campoy y Lozano Rodríguez contra España, de 14 de enero de 2020
STEDH en el caso Bashin y Chekunov contra Rusia de 14 de enero de 2020
STEDH en el caso Saquetti Iglesias contra España de 30 de junio de 2020
STEDH en el caso Romero García contra España, de 8 de septiembre de 2020
STEDH en el caso Grubnyk contra Ucrania, de 17 de septiembre de 2020
STEDH en el caso Mirgadirov contra Azerbaiyán y Turquía, de 17 de septiembre de 2020
STEDH en el caso Nana Muradyan contra Armenia, de 5 de abril de 2022
STEDH en el caso Centelles Mas y otros contra España, de 7 de junio de 2022
STEDH en el caso Goulandris y Vardinogianii contra Grecia, de 16 de junio de 2022
STEDH en el caso Hovhannisyan y Karapetyan contra Armenia, de 17 de octubre de 2023
STEDH en el caso Al-Hawsawi contra Lituania, de 16 de enero de 2024

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (decisiones)

DTEDH en el caso K. contra Francia, de 7 de diciembre de 1983
DTEDH en el caso M. contra Alemania, de 18 de mayo de 1984
DTEDH en el caso Graham Dyer contra Reino Unido, de 9 de octubre de 1984
DTEDH en el caso D.v. contra Países Bajos, de 4 de marzo de 1985
DTEDH en el caso Rosa Recuerda contra España, de 2 de diciembre de 1991
DTEDH en el caso Nielsen contra Dinamarca, de 9 de septiembre de 1992
DTEDH en el caso N.W. contra Luxemburgo, de 8 de diciembre de 1992
DTEDH en el caso Borrelli contra Suiza, de 2 de septiembre de 1993
DTEDH en el caso Altieri contra Francia, Chipre y Suiza de 15 de mayo de 1996
DTEDH en el caso Saussier contra Francia, de 20 de mayo de 1998
DTEDH en el caso Ainsworth contra Reino Unido, 22 de octubre de 1998
DTEDH en el caso Saric contra Dinamarca, de 2 de febrero de 1999
DTEDH en el caso Ponsetti y Chesnel contra Francia de 14 de septiembre de 1999
DTEDH en el caso Kerr contra Reino Unido de 7 de diciembre de 1999
DTEDH en el caso Garrido Guerrero contra España, de 2 de marzo de 2000
DTEDH en el caso Yavuz contra Turquía, de 25 de mayo de 2000
DTEDH en el caso Brandão Ferreiro contra Portugal, de 28 de septiembre de 2000
DTEDH en el caso Luksch contra Austria, de 21 de noviembre de 2000
DTEDH en el caso Aksoy contra Turquía, de 5 de diciembre de 2000
DTEDH en el caso Sawoniuk contra Reino Unido, de 29 de mayo de 2001
DTEDH en el caso Tepeli y otros contra Turquía, de 11 de septiembre de 2001
DTEDH en el caso P. K. contra Finlandia, de 9 de julio de 2002
DTEDH en el caso Ender İmrek contra Turquía, de 28 de enero de 2003
DTEDH en el caso Camacho López-Escobar contra España, de 20 de mayo de 2003
DTEDH en el caso Gauthier contra Francia, de 24 de junio de 2003
DTEDH en el caso Lee contra Reino Unido, de 26 de agosto de 2003
DTEDH en el caso Hakan Önen contra Turquía, de 10 de febrero de 2004
DTEDH en el caso Denisov contra Rusia de 6 de mayo de 2004
DTEDH en el caso Horciag contra Rumania de 15 de marzo de 2005
DTEDH en el caso Yaşar contra Turquía, de 31 de marzo de 2005
DTEDH en el caso O.L. contra Finlandia, de 5 de julio de 2005
DTEDH en el caso Aksoy (Eroğlu) contra Turquía, de 3 de noviembre de 2005
DTEDH en el caso Nilsson contra Suecia, de 13 de diciembre de 2005
DTEDH en el caso Kolk y Kislyiy contra Estonia de 17 de enero de 2006
DTEDH en el caso Tarlan contra Turquía, de 30 de marzo de 2006
DTEDH en el caso Öngün contra Turquía de 10 de octubre de 2006
DTEDH (GS) en el caso Agim Behrami y Bekir Behrami contra Francia y Ruzhdi Saramati contra Francia, Alemania y Noruega, de 2 de mayo de 2007
DTEDH en el caso Suküt contra Turquía, de 11 de septiembre de 2007
DTEDH en el caso Berić y otros contra Bosnia y Herzegovina, de 16 de octubre de 2007
DTEDH en el caso Garretta contra Francia, de 4 de marzo de 2008

DTEDH en el caso Sutyagin contra Rusia, de 8 de julio de 2008
DTEDH en el caso Trepashkin contra Rusia (nº. 2), de 22 de enero de 2009
DTEDH en el caso Ould Dah contra Francia, de 17 de marzo de 2009
DTEDH en el caso Tosti contra Italia, de 12 de mayo de 2009
DTEDH en el caso Blagojević contra Países Bajos, de 9 de junio de 2009
DTEDH en el caso Galić contra Países Bajos, de 9 de junio de 2009
DTEDH en el caso Van Anraat contra Países Bajos, de 4 de diciembre de 2009
DTEDH en el caso Penttinen contra Finlandia, de 5 de enero de 2010
DTEDH en el caso Sîrghi contra Rumanía, de 13 de diciembre de 2011
DTEDH en el caso Šimšić contra Bosnia y Herzegovina, de 10 de abril de 2012
DTEDH en el caso Stănculescu y Chițac contra Rumania, de 3 de julio de 2012
DTEDH en el caso Fundación madres de Srebrenica contra Países Bajos, de 11 de junio de 2013
DTEDH en el caso Dorado Baúlde contra España, de 1 de septiembre de 2015
DTEDH en el caso Kalabalik contra Turquía, de 2 de febrero de 2016
DTEDH en el caso Benavent Díaz contra España, de 30 de enero de 2017
DTEDH en el caso R.S. contra Alemania, de 28 de marzo de 2017
DTEDH en el caso Baysal contra Turquía, de 22 de mayo de 2018
DTEDH en el caso Ceyran y otros contra Turquía, de 16 de octubre de 2018
DTEDH en el caso Martínez Agirre y otros contra España, de 25 de junio de 2019
DTEDH en el caso Toledo Polo contra España, de 22 de marzo de 2022
DTEDH en el caso Aliyev contra Armenia, de 12 de septiembre de 2023
DTEDH en el caso Allahverdiyev contra Armenia, de 12 de septiembre de 2023
DTEDH en el caso Ohanyan contra Azerbaiyán, de 12 de septiembre de 2023
DTEDH en el caso Hakobyan contra Azerbaiyán, de 12 de septiembre de 2023

Tribunal Constitucional

STC 162/1999, de 27 de septiembre
STC 208/2000, de 24 de julio
STC 52/2001, de 26 de febrero
STC 69/2001, de 17 de marzo
STC 167/2002, de 18 de septiembre
STC 85/2003, de 8 de mayo
STC 5/2004, de 16 de enero
STC 233/2005, de 26 de septiembre
STC 142/2009, de 15 de junio
STC 88/2013, de 11 de abril
STC 172/2016, de 17 de octubre
STC 8/2017, de 19 de enero
STC 10/2017, de 30 de enero
STC 83/2019, de 17 de junio
STC 85/2019 de 19 junio
STC 94/2019, de 15 julio
STC 95/2019, de 15 julio

STC 21/2021, de 15 de febrero
STC 80/2021, de 19 abril
STC 25/2022, de 23 de febrero
STC 2/2023 de 13 de febrero
STC 4/2023, de 20 de febrero
STC 30/2023 de 17 de abril

Tribunal Supremo

STS (Sala V) de 18 de febrero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:20049)
STS (Sala V) de 20 de diciembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:9024)
STS (Sala V) de 17 de enero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:15993)
STS (Sala V) de 7 de marzo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:1528)
STS (Sala V) de 2 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3169)
STS (Sala V) de 14 de noviembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:5743)
STS (Sala V) de 3 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:25)
STS (Sala V) de 6 de abril de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:2927)
STS (Sala V) de 8 de junio de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:4869)
STS (Sala V) de 6 de julio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5299)
STS (Sala V) de 21 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8902)
STS (Sala V) de 22 de enero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:349)
STS (Sala V) de 11 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:731)
STS (Sala V) de 6 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4336)
STS (Sala V) de 16 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4724)
STS (Sala V) de 6 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4430)
STS (Sala III) de 3 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8109)
STS (Sala V) de 31 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5687)
STS (Sala V) de 24 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1076)
STS (Sala V) de 9 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3644)
STS (Sala V) de 21 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5728)
STS (Sala V) de 8 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:428)
STS (Sala V) de 4 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2737)
STS (Sala III) de 12 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2862)
STS (Sala V) de 14 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2817)
STS (Sala V) de 30 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2968)
STS (Sala V) de 18 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:419)
STS (Sala V) de 25 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1337)
STS (Sala V) de 18 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2055)
STS (Sala V) de 29 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2685)
STS (Sala III) de 14 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1062)
STS (Sala III) de 24 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2203)
STS (Sala V) de 24 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2841)
STS (Sala III) de 28 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3105)
STS (Sala V) de 16 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1177)
STS (Sala V) de 18 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1908)

STS (Sala V) de 7 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3649)
STS (Sala V) de 28 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3913)
STS (Sala V) de 12 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:109)
STS (Sala V) de 10 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:911)
STS (Sala V) de 23 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1356)
STS (Sala V) de 25 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:384)
STS (Sala V) de 20 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:838)
STS (Sala V) de 8 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:840)
STS (Sala V) de 15 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2639)
STS (Sala V) de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2769)