

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL*

Laurence BURGORGUE-LARSEN

Catedrática de Derecho Público – Universidad de Paris I-Panthéon Sorbonne

1. De antemano, es necesario identificar de manera precisa el objeto del estudio. ¿De qué se trata aquí cuando uno habla de “Derecho penal”? Para tener una visión más conforme con la realidad jurisdiccional europea, es necesario adoptar un significado amplio de “derecho penal” que integra tanto el derecho penal *stricto sensu* como los principios relativos al proceso penal. A partir de esta acepción amplia del “término clave” objeto de análisis, uno puede rápidamente darse cuenta de que el “derecho penal” queda integrado en el sistema jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos (TEDH) de distintas maneras en función del precepto en cuestión al que nos refiramos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Tras varias lecturas del texto original, firmado el 4 de noviembre de 1950, así como de los protocolos adicionales, se nota que varias disposiciones desembocan en principios “cardinales” del derecho penal y del proceso penal. El Convenio regula, entre otros, el derecho a la libertad y la seguridad (art. 5)¹, a la presunción de inocencia (art. 6.2), los derechos de defensa (art. 3), el principio *nullum crimen nulla poene sine lege*². Por otro lado, entre los instrumentos firmados y ratificados posteriormente por los Estados Parte del Convenio, destacan el Protocolo n° 4, en particular, los artículos 3 y 4 (prohibición de la expulsión de los nacionales y prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros³); el Protocolo n°6 y sus artículos 1 (abolición de la pena de muerte) y 2 (pena de muerte y tiempo de guerra)⁴; el no menos relevante protocolo n° 7, en especial, el artículo 1 (garantías procesales en el caso de expulsiones de extranjeros), art. 2 (derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal), art. 3 (derecho de indemnización en caso de error judicial), art. 4 (derecho a no ser juzgado dos veces por la comisión de un mismo hecho, *non bis in idem*)⁵; y por último, el Protocolo n° 13 el cual prohíbe la pena de muerte “en todas circunstancias”, es decir, aún en tiempos de guerra (por interpretación de los artículos 1 y 2)⁶.

Debe subrayarse que el juez europeo no vaciló en reconocer de manera pretoriana ciertos derechos conectados de manera íntima con los consagrados por el texto del Convenio anteriormente mencionados. Fue la sentencia *Gragnic c. Francia* de 27 de septiembre de 1995⁷ la que consagró el principio de la retroactividad de la ley penal más leve (*in mitius*), pues el artículo 7 no hacía alusión expresa al mismo a diferencia del artículo 9 de la

*Traducción revisada por Marta Muñoz de Morales Romero. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. UCLM.

¹ Art. 7 (derecho a la libertad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). *Vide infra* el anexo.

² Art. 9 (principio de legalidad y retroactividad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). *Vide infra* el anexo.

³ Protocolo firmado el 16 de septiembre de 1963 (entró en vigor el 2 de mayo de 1968).

⁴ Protocolo firmado el 28 de abril de 1983 (entró en vigor el 1° de marzo de 1985).

⁵ Protocolo firmado el 22 de noviembre de 1984 y ratificado el 1 de noviembre de 1988.

⁶ *Vide infra* el anexo.

⁷ STEDH, asunto *Gragnic c. Francia*, 27 de septiembre de 1995, serie A 325 B, §24.

Convención americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁸ y del artículo 15 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), mucho más explícitos.

Junto a estas disposiciones, las cuales chocan de manera clara con el derecho penal, existe una disposición-eje del Convenio europeo relacionada con garantías procesales aplicables de manera general a “toda persona”. Se trata del primer párrafo del artículo 6 cuyos lazos con la materia penal son determinantes. La aplicabilidad del mencionado artículo 6, redactado de manera casi idéntica al artículo 9 de la CADH, está condicionada por la existencia de “derechos de carácter civil” o de una “acusación en materia penal”. Existe, pues, un vínculo estrecho con el ámbito penal.

Por último, no se puede terminar esta exposición sin mencionar los derechos sustantivos íntimamente relacionados con el derecho penal material y procesal. Se trata *sobre todo*⁹ del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH).

2. Puede fácilmente imaginarse que después de más de 45 años de funcionamiento¹⁰, el Tribunal de Estrasburgo generó una jurisprudencia extensa en estos asuntos. Aunque existen disposiciones que son posteriormente desarrolladas con mayor profundidad por la jurisprudencia que otras¹¹, el acervo jurisprudencial es sumamente extenso. En el año 2002, el TEDH pronunció 844 decisiones; es un número ligeramente menor al del año 2001 en el cual tuvo lugar el mayor volumen de actividad contenciosa del Tribunal de Estrasburgo con 889 decisiones. En 2003 y 2004, fueron respectivamente 703 y 718 las sentencias pronunciadas¹². Sea cual sea, el “nuevo Tribunal” (que vio la luz desde la entrada en vigor del Protocolo n° 11, el cual reestructuró por completo el sistema de garantías) conoce de un verdadero “contencioso

⁸ El texto de la CADH ha sido desarrollado gracias a la labor jurisprudencial de la CIDH. Un instrumento imprescindible en la materia es el libro coordinado por el Presidente de dicha Corte, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM/CIDH, Mexico, 2001, 1200 p.

⁹ Parece evidente que todos los derechos sustantivos tienen vínculos de unión (más o menos fuertes) con el derecho penal. Por tanto, pueden sufrirse violaciones sobre todo en el curso de una investigación penal preliminar y también durante el proceso penal. En los límites de esta vinculación, debe evocarse únicamente el derecho a la vida y la prohibición de la tortura.

¹⁰ La Corte empezó a funcionar en el año 1959.

¹¹ *Ad exemplum*, la jurisprudencia acerca de los artículos 5 y 6 §§ 1, 2 y 3 CEDH es abundante. Por razones de extensión no es posible presentar el Convenio de manera exhaustiva. No obstante, por el contrario, sí es viable en relación a otros asuntos que conciernen otras disposiciones, menos utilizadas por los demandantes en su estrategia judicial.

Respecto al principio de legalidad, hizo su aparición en contexto jurisdiccional europeo en 1993 (asunto *Kokkinakis c. Grecia*). A fecha de 31 de diciembre de 2004, existen veinte y dos casos relativos al artículo 7 CEDH : S TEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, A 260-A ; *Welch c. Austria*, 9 de febrero de 1995, serie A 307-A ; *Jamil c. Francia*, 8 de junio de 1995, A 317-B ; *Gragnic c. France*, 27 de septiembre de 1995, serie A 325-B ; *S.W. c. Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, A 335 B ; *C.R. c. Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, serie A 335-C ; *Cantoni c. Francia*, 15 de noviembre de 1996, *Rec.* 1996-V ; *Larissis c. Grecia*, 24 de febrero de 1998, *Rec.* 1998-I ; *Erdogdu et ince c. Turquía*, 8 de julio de 1999 ; *Baskaya et Okçuoglu c. Turquía*, 8 de julio de 1999 ; *Coëme c. Bélgica*, 22 de junio de 2000 ; *Ecer et Zeyrek c. Turquía*, 27 de febrero de 2001 ; *K-H. W. c. Alemania*, 22 de marzo de 2001 ; *Streletz, Kessler et Krenz c. Alemania*, 22 de marzo de 2001 ; *K. c. Turquía*, 22 de febrero de 2002 ; *Veeber c. Estonia*, 21 de enero de 2003 ; *Yasar Kemal Gölceli c. Turquía*, 4 de marzo de 2003 ; *Grava c. Italia*, 10 de julio de 2003 ; *Gabbarri Moreno c. España*, 22 de julio de 2003 ; *Puhk c. Lettonie*, 10 de febrero de 2004 ; *Radio France c. Francia*, 30 de marzo de 2004 ; *Achour c. Francia*, 10 de noviembre de 2004.

En relación al principio de *non bis in idem* del artículo 4 del Protocolo n° 7, la jurisprudencia tampoco es abundante ya que empezó a aplicarse a partir del año 1995: S TEDH, *Gradinger c. Austria*, 23 de octubre de 1995, serie A 328 C ; *Oliveira c. Suiza*, 30 de julio de 1998, *Rec.*, 1998-V ; *Franz Fischer c. Austria*, 29 de mayo de 2001 ; *Gökten c. Francia*, 2 de julio de 2002.

Por último, en relación al artículo 4 del Protocolo 4 por el que se prohíben las expulsiones colectivas de extranjeros, apareció por primera vez en la jurisprudencia del TEDH en el año 2001, en la sentencia *Conka c. Bélgica* del 13 de marzo de 2001, la cual afirmó la responsabilidad del Estado belga por haber infringido dicho precepto. Pasó lo mismo con el artículo 2 del Protocolo n° 7 que garantiza el doble grado de jurisdicción en materia penal: la primera sentencia del TEDH sobre la materia es la de 13 de febrero de 2001 en el caso *Krombach c. Francia*.

¹² Las estadísticas son suministradas por los propios servicios del Tribunal. Pueden consultarse en el sitio web bajo la rúbrica « Notes d'information de la jurisprudence » (<http://www.echr.coe.int/Fr/>).

de masa”¹³. Esta situación de congestión genera reflexiones intensas por parte de los órganos del Consejo de Europa con el fin de llegar a soluciones drásticas para poder juzgar de manera efectiva y rápida tantos casos¹⁴. Las soluciones intermedias como las modificaciones relativas al tratamiento de las demandas (requêtes) o los ajustes del Reglamento interno ya no son suficientes.

Así, el objeto de esta comunicación podría fácilmente ser objeto de una monografía, ya que la jurisprudencia es muy extensa. No cabe, pues, que renunciar a la exhaustividad y al análisis del impacto concreto en cada país del Consejo de Europa de la jurisprudencia del TEDH. Lo único e importante que se puede subrayar aquí concierne a la autoridad de las sentencias del TEDH. Si, *de jure*, según el artículo 46 del CEDH, su autoridad es “relativa”, es evidente que *de facto* sobrepasa cada caso concreto. No obstante, la fuerza de la jurisprudencia del TEDH es normalmente indirecta o, mejor dicho, las sentencias tienen únicamente un carácter declarativo y no ejecutivo. Sabemos al respecto que la función del Comité de los Ministros del Consejo de Europa es la de velar por la correcta ejecución de las sentencias. A pesar de éste sistema, varios Estados partes del CEDH han decidido otorgar *proprio motu*¹⁵ a las decisiones del TEDH un efecto ejecutivo directo¹⁶. Así Alemania, Bulgaria, Francia¹⁷, Grecia, Noruega, Reino Unido, Suiza, Eslovenia, han adoptado leyes que prevén en materia penal un procedimiento específico de re-examen de una decisión penal definitiva después de una sentencia condenatoria del Tribunal de Estrasburgo. Otros Estados, sin haber adoptado una legislación peculiar en la materia, como Bélgica, Austria, Suecia, o aún España, admiten la posibilidad de examinar de nuevo un proceso interno después de una condena por parte del TEDH.

Aclaradas estas cuestiones, compete ahora, dentro del *maëlstrom* jurisprudencial, intentar identificar los grandes movimientos promovidos el Tribunal de Estrasburgo, poner de relieve

¹³ Este contencioso se refieren en muchas ocasiones al plazo razonable del proceso ante el TEDH. Se prepresentan por el año 2002, 471 decisiones, o sea la mitad de los casos juzgados, v. E. DECAUX, P. TAVERNIER (dir.), « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (2002), *Journal du droit international*, 2, 2003, p.506.

¹⁴ G.COHEN-JONATHAN, « Garantir l’efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l’homme : quelques observations à partir des derniers travaux du Comité directeur pour les droits de l’homme », *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 56, 2003, pp.1125-1156 ; F. BENOIT-ROHMER, « Il faut sauver le recours individuel », *Recueil Dalloz*, 2003, n°38, pp.2584-2590. Ver el número especial de la *Revue universelle des droits de l’homme*, Vol.14, n°7-8, 16 décembre 2002 sobre « Quelle réforme pour la Cour européenne des droits de l’homme ? » y C. GREWE, « L’avenir de la Cour européenne des droits de l’homme. Réflexions à propos du colloque de Graz des 7 et 8 février 2003 », *RUDH*, 2003, vol.n°15, pp.249-253. El protocolo n°14 ya ha sido adoptado el 13 de mayo de 2004 cuya meta existencial es aliviar la carga de trabajo de la Corte EDH. Entrará en vigor una vez obtenida su ratificación por los 46 Estados miembros del CEDH. Uno leerá con mucho interés un primer análisis de A. SICILIANOS, « L’objectif primordial du Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l’homme : alléger la charge de travail de la Cour », *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l’homme (Le protocole n°14 et les Recommandations et Résolutions du Comité des ministres)*, G. COHEN-JONATHAN, J-F FLAUSS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.55-78. Consúltense los documentos oficiales, en la página web del Consejo de Europa: http://www.coe.int/T/E/Droits_de_l'homme/CEDHReforme.asp.

¹⁵ Hay que subrayar que el TEDH no puede por sí mismo (ya que no tiene competencias para ello) forzar un Estado parte a la celebración de un nuevo proceso interno después de condenar a dicho Estado (vid. STEDH, *Lyons c. Reino Unido*, 8 de junio de 2003, sobre declaración de incompetencia).

¹⁶ Para tener una visión de derecho comparado entre los sistemas internos en Europa, es imprescindible: E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme », *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2001, pp.715 et s.

¹⁷ Fue la ley del 15 de junio de 2000 la que organizó dicho procedimiento y reformó la Ley de Enjuiciamiento penal (artículos 626§1 a 626§7) v. P. BONFILS, « Réexamen d’une décision pénale (suite au prononcé d’un arrêt de la CEDH) », *Répertoire de Droit pénal*, Dalloz, Octobre 2002, pp-1-9. ; F. MASSIAS, « Le réexamen des décisions définitives intervenues en violation de la Convention européenne des droits de l’homme », *Revue des Sciences criminelles*, 2001, pp.124 et s. ; C. PETTITI, « Le réexamen d’une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme : la loi française du 15 juin 2000 », *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, 2001 pp.10 et s. Dicho procedimiento desemboca en problemas prácticos bastante importantes, vide el análisis de F. DOROY, “Le réexamen d’une décision pénale consécutif au prononcé d’un arrêt de condamnation de la CEDH. Mise en oeuvre de la réforme du 15 juin 2000. Questions juridiques et problèmes pratiques”, *Droit pénal*, juin 2003, pp.4-6.

sus técnicas de interpretación y evaluar sus consecuencias en el ámbito penal¹⁸. En esta óptica, después de un análisis lo más pormenorizado posible, se perciben claramente los dos movimientos cada vez más visibles hoy en día en el ámbito de la protección convencional europea. En primer lugar, la interpretación de las *garantías procesales* está influenciada por el fenómeno de la “autonomización” de las nociones (I). En segundo lugar, en cuanto a *los derechos sustantivos*, se nota que están marcados por el sobresaliente fenómeno de “procedimentalización” (II)¹⁹.

I.- LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA « AUTONOMIZACIÓN » DE LAS NOCIONES

3. La técnica de las “nociones autónomas” puede analizarse como un método de formación de un derecho común cuya función es paliar la falta de precisión de los términos convencionales y la ausencia de homogeneidad de los derechos nacionales. Esta técnica facilita la definición uniforme de las obligaciones estatales en el marco convencional. Al estimar que las normas europeas protectoras de los derechos humanos no pueden variar según las calificaciones jurídicas propias de los derechos nacionales, el TEDH utiliza la técnica de las “nociones autónomas” con la meta de asegurar la indispensable uniformidad interpretativa del CEDH. Frente a nociones vagas o indeterminadas que además tienen un carácter diverso según los distintos tipos de legislaciones nacionales, el TEDH se aparta de estas nociones del contexto jurídico nacional con el fin de otorgarles un “sentido europeo”. Es una forma de actuar del juez europeo, aunque “se aventura en el terreno de la política legislativa” (opinión separada del juez Matscher debajo de la sentencia *König c. Alemania* del 28 de junio de 1978)²⁰, es

¹⁸ Desde otra óptica, se hubiesen presentado las distintas fases del proceso penal y la evolución jurisprudencial a este respecto. De haberse elegido este enfoque (J. CALLEWAERT, “La Convention européenne des droits de l’homme et la matière pénale”, *La Justice pénale et l’Europe*, F. TULKENS, H-D. BOSLY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp.135-175), se habría expuesto el proceso, desde mi punto de vista, de una forma demasiado descriptiva y no se habrían abordado otros aspectos del derecho penal ajenos al procedimiento penal.

¹⁹ La *summa divisio* entre garantías procesales (*droits processuels*) (artículos 5, 6, 7 y 13 CEDH y 4 del Protocolo n°7 al CEDH) y derechos sustantivos (*droits substantiels*) (artículos 2, 3, 8, 10, 11, 12, 14 CEDH y 1 y 3 del Protocolo n° 1, 2 y 4 del Protocolo n° 4, artículo 1 del Protocolo n°7) puede ser matizada. Hay quienes consideran por ejemplo que el artículo 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo) se está volviendo un derecho sustantivo. El debate doctrinal al respecto es bastante intenso, por lo menos en Francia v. S. GUINCHARD, “Le procès équitable: garantie formelle ou droit substantiel”, *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges en l’honneur de Gérard Farjat*, Paris, pp.139-173. Hay quienes estiman también por ejemplo que el principio de legalidad penal y de no retroactividad de la ley penal es una garantía procesal (v. M. DELMAS-MARTY, LUCAS DE LEYSSAC, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996, pp.20-21), aunque otros autores lo niegan (v. W. STRASSER, “The relationship between substantive Rights and procedural rights guaranteed by the European Convention on Human Rights”, *Protection des droits de l’homme : la dimension européenne, Mélanges offerts à G.J. Wiarda*, Cologne /Berlin/Bonn/Münich, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp.595-604. Dentro de los límites de este análisis, decidí conservar un punto de vista “clásico” para que la demostración sea lo más claro y pertinente posible.

²⁰ STEDH, *König c. Alemania*, 28 de junio de 1978. Parece bastante interesante dar una visión más precisa del voto particular del Juez MATSCHER reproduciendo una parte de su texto « A. Je ne suis pas en mesure, pour le moment, de donner une définition abstraite et exhaustive de la notion de "droits et obligations de caractère civil" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention. Je voudrais pourtant essayer d'expliquer les raisons qui, à mon grand regret, ne me permettent pas de me rallier à la définition que la Cour vient de donner de cette notion, même en se limitant aux exigences du présent arrêt. Je crois que le point de départ doit être la constatation que le libellé de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) n'est pas clair et univoque. Pour en dégager le sens il faut donc recourir aux moyens d'interprétation reconnus par le droit international. L'interprétation littérale et grammaticale ne nous mène pas loin.

Sur l'historique de l'article 6 (art. 6), il y a une littérature abondante. Elle nous montre qu'il ne se dégage pas des travaux préparatoires des idées très concrètes et précises sur la portée de cette disposition. L'opinion (qui avait déjà été exprimée dans l'arrêt Ringeisen et qui a été reprise au paragraphe 90 du présent arrêt), selon laquelle une confrontation des deux textes officiels peut orienter l'interprétation dans un certain sens, ne trouve, à mon avis, aucun appui dans les matériaux de la Convention. L'interprétation téléologique sur laquelle l'arrêt paraît se fonder principalement, sans le dire dans des termes exprès, trouve ses limites dans le système de la Convention. L'idée de base d'une telle interprétation est que la Convention a

decir, en el terreno de la promoción de la definición que le parece más compatible con el “objeto y el fin” del Convenio.

Esta interpretación constructiva ha sido utilizada en varios ámbitos, y por supuesto también en el ámbito penal. El resultado inmediato es un ensanchamiento de la aplicabilidad de las garantías consagradas en el Convenio (A). A veces, sin embargo, uno puede preguntarse si este fenómeno no se desarrolla en perjuicio del nivel de protección concreto otorgado a los individuos, en particular, a los acusados (B).

A. — El ensanchamiento de la aplicabilidad de las garantías

Tanto las nociones de derecho penal (pena, detención, acusación, legalidad, testigo, etc...) integradas en las disposiciones que consagran los derechos específicos de los acusados (1), como la “materia penal” (2) -que condiciona la aplicabilidad de uno de los derechos más utilizados (a saber, el artículo 6.1 el cual consagra “el derecho a un proceso equitativo”)- han sido interpretadas de manera autónoma por el Tribunal de Estrasburgo.

1. Autonomía de la nociones penales

4. Es importante subrayar que la técnica de las nociones autónomas no se relaciona especialmente con las condiciones de ejercicio de una garantía, sino que atañe más bien a su aplicabilidad. La interpretación de las nociones de “pena” (*peine*) y de “ley” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) del artículo 7.1, cómo la interpretación de **detención y acusación** (*détention, accusation*) del artículo 5.2 (derecho a la libertad y seguridad) demuestra de manera obvia este hecho.

En la sentencia *Jamil c. France* del 8 de junio de 1995 (série A 317 B), una de las cuestiones que se presentaba al juez de Estrasburgo era la de saber si lo que el derecho penal francés llama la «*contrainte par corps*» -que permite cobrar una deuda bajo amenaza de encarcelamiento²¹- es una “pena” en el sentido del artículo 7.1 del Convenio. Una respuesta

été faite principalement pour protéger l'individu contre la puissance publique, pour lui donner certaines garanties vis-à-vis de celle-ci. Par conséquent, elle devrait toujours s'appliquer lorsque la situation de l'individu vis-à-vis de la puissance publique est en cause. Cependant, pour pouvoir formuler des déductions concrètes de ce principe il faudrait avant tout prouver que l'on est en présence d'un droit que la Convention a eu l'intention de garantir d'une certaine manière, sinon l'on risque de passer le seuil de l'interprétation téléologique et de s'aventurer sur le terrain de la politique législative. Cette preuve que la situation juridique du requérant dans la présente affaire serait elle aussi visée par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention, la motivation de l'arrêt ne la fournit pas.

A titre préliminaire, l'arrêt confirme l'interprétation "autonome" des termes d'une convention internationale en général et de la notion de "droits et obligations de caractère civil" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention en particulier. C'est un principe auquel je souscris entièrement (même si je dois remarquer que la définition que la Cour a donnée de ce principe ne me paraît pas dépourvue de toute équivoque). *D'après moi, interprétation autonome veut dire avant tout que l'interprétation des clauses d'une convention internationale ne doit pas être faite exclusivement à la lumière du sens et de la portée que les termes en question possèdent dans la législation interne de l'Etat contractant concerné, mais qu'il faut se référer "d'une part aux objectifs et au système de la Convention et d'autre part aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux"* (arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 14 octobre 1976, Recueil 1976, p. 1552). *Pour le dire d'une autre manière, il faut essayer de dégager le "dénominateur commun" qui est subjacent aux termes en question, car il est légitime de supposer que - à défaut d'une définition légale dans la Convention elle-même - tel est le sens que les Etats contractants ont voulu donner à ceux-ci. Ce "dénominateur commun", on le trouvera moyennant une analyse comparative des législations internes des Etats contractants. Dès lors, le résultat d'une telle opération ne pourra jamais être une notion qui s'écarte complètement des systèmes de droit des Etats en question.* Cependant, l'arrêt ne me semble pas suffisamment tenir compte de cette exigence. Il n'arrive à sa conclusion, c'est-à-dire à l'applicabilité de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention dans l'espèce formant l'objet de la présente requête, que par deux ordres d'affirmations fort contestables à mes yeux ».

²¹ Se trata de una supervivencia de la prisión por deudas de los deudores insolubles; la «*contrainte par corps*» hoy día existe en Francia únicamente a favor del «*Trésor public*» y garantiza el cobro de créditos a favor del Estado. El condenado que no quiere pagar sus deudas puede someterse al encarcelamiento cuya duración oscila, en función del importe de la multa, entre cinco días y cuatro meses (artículo 749 a 762 del Código de enjuiciamiento penal, CPP). Sin embargo, la duración

negativa permitía al Gobierno de sustraerse a las garantías de esta cláusula; por el contrario, una respuesta positiva ofrecía al agraviado el goce de las garantías contenidas en ella. Para determinar la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 7, el Tribunal utilizó una noción autónoma en los párrafos 30 y 31 de su sentencia y recordó lo expuesto en la importante sentencia *Welch c. Reino Unido* de 9 de febrero de 1995 (série A, 307 A)²² :

« 30. La Corte recuerda que la calificación de « pena » contenida en el artículo 7.1 posee un alcance autónomo. Para que sea eficaz la protección otorgada por esta disposición (art.7§1), la Corte tiene que quedarse libre de ir más allá de las apariencias y apreciar por sí misma si una medida peculiar se analiza en el fondo en una “pena” en el sentido de esta cláusula (art.7§1) (.../...)

31. La redacción del artículo 7§1, segunda frase, indica que la base de toda apreciación de la existencia de una pena consiste en determinar si la medida en cuestión está impuesta después de una condena para una « infracción ». Otros elementos pueden ser pertinentes en la materia: la calificación de la medida en el derecho interno, su naturaleza y su objeto, los procedimientos asociados a su adopción y a su ejecución como su gravedad²³».

Así, después de explicar la necesidad de “ir más allá de las apariencias”, El TEDH presenta los criterios que le permiten autonomizar la noción de pena (§31). Comparándolos a los hechos del caso, concluyó a la aplicabilidad del artículo 7.1 equiparando la “contrainte par corps” a una “pena”. Con tal asimilación, el juez europeo rechazaba la argumentación del Gobierno francés que consistía en presentarla como una medida de ejecución forzada (de una condena pecuniaria). Esta línea jurisprudencial no sufre ningún cambio y sigue siendo prevaleciendo²⁴, sea cual sea la disposición del Convenio²⁵. Además el Tribunal europeo ha afirmado claramente que se trata de una “pena privativa de libertad arcaica”²⁶. La autonomización de la noción de “pena” permite evitar todo tipo de “fraude al Convenio”²⁷, es decir, los Estados partes no pueden sustraerse a las obligaciones del Convenio (en este caso al artículo 7) apoyándose en las definiciones de sus propios derechos²⁸.

puede aumentar hasta dos años en el caso de tráfico de drogas y también cuando la multa asciende a más de 75.000 euros (artículo 706.31, párrafo 2 LECrim francesa).

²² Para un comentario de ésta sentencia (con otras también) vide J.A.E. VERVAELE, « Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal? », *Revista Penal*, España, 1998, pp.67-80. El mismo artículo fue también publicado con el título: « El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos », *Actualidad Penal*, 1999, pp. 291-315.

²³ STEDH, *Jamil c. Francia*, 8 de junio de 1995, serie A 320. La traducción es nuestra. He aquí el texto original: «30. La Cour rappelle que la qualification de "peine" contenue dans l'article 7§1 possède une portée autonome. Pour rendre efficace la protection offerte par cette disposition (art. 7§1), la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une "peine" au sens de cette clause (art. 7-1) (.../...). 31. Le libellé de l'article 7§1, seconde phrase, indique que la base de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction". D'autres éléments peuvent être estimés pertinents à cet égard: la qualification de la mesure en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité. (.../...). 32. Prononcée par la juridiction répressive et destinée à exercer un effet dissuasif, la sanction infligée à M. Jamil pouvait aboutir à une privation de liberté de caractère punitif (voir, mutatis mutandis, les arrêts Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 35, par. 82, et Öztürk c. Allemagne du 21 février 1984, série A n° 73, p. 20, par. 53). Elle constituait donc une peine au sens de l'article 7§1 de la Convention. 33. En résumé, l'article 7§1 s'applique en l'espèce ».

²⁴ STEDH, *Coëme c. Bélgica*, 22 de junio de 2000, §145.

²⁵ STEDH, *Göktaş c. Francia*, 2 de febrero de 2002. En este asunto era el artículo 4 del Protocolo n° 7 (principio de *non bis in idem*) el foco del problema jurídico, v. *Journal du droit international*, note O.B., 2003-2, pp.531-533.

²⁶ STEDH, *Göktaş c. Francia*, prec. §51: “El Tribunal no puede sino mostrar sus reservas al propio sistema de la ejecución mediante arresto que es una medida de privación de libertad arcaica en provecho del Tesoro Público”. En este asunto, era el artículo 4 del Protocolo 7 que se encontraba en el centro del problema jurídico (v. *infra*).

²⁷ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'Etat*, Paris, PUF, 1985, p.461.

²⁸ La jurisprudencia convencional europea sobre la noción de “pena” obliga normalmente a todas las jurisdicciones de los Estados partes y por tanto también a las francesas. La Sala de lo Penal del Tribunal de Casación tendría que adoptar tal interpretación y abandonar una jurisprudencia centenaria (Cass., crim., 23 de diciembre de 1914) que analiza la “contrainte par corps” como una medida de ejecución. (*Recueil Dalloz*, 1917, I.87), v. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Editions

El artículo 5 del CEDH consagra el derecho a la libertad y seguridad que permite proteger la libertad física de toda persona contra las detenciones arbitrarias o abusivas. En este contexto, el apartado 1 del artículo 5 enumera -a la diferencia de la CADH mucho más general (v. artículo 7)- una nomenclatura de seis situaciones que autorizan una privación de libertad²⁹. En este contexto, los apartados 2, 3, 4 de esa disposición prevén una serie de garantías para que la persona privada de libertad pueda defenderse. El párrafo 2 afirma que "Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su **detención** y de cualquier **acusación** formulada contra ella". En su sentencia *Van der Leer c. Belgique* de 21 de febrero de 1990, el TEDH consideró que, a pesar de su connotación penal, los términos de detención (*arrestation*) y acusación (*accusation*) debían interpretarse de forma autónoma conforme al objeto y el fin del artículo 5, es decir, protegiendo a "toda persona contra las privaciones arbitrarias de libertad"; de esta manera, la garantía del párrafo 2 del artículo 5 tiene que beneficiar tanto a personas privadas de libertad por detención como a personas privadas de libertad por internamiento (§§25 a 29)³⁰. En el asunto, se trataba de un internamiento forzado en un hospital psiquiátrico.

5. La autonomización de las nociones no funciona únicamente en lo que concierne a la cuestión de la "aplicabilidad" de las disposiciones del Convenio. Funciona también en relación al ejercicio de las garantías. La jurisprudencia europea relativa a la interpretación de las nociones de "**legalidad**" y de "**testigo**" lo demuestra sin lugar a dudas.

La interpretación de la "**ley**" que debe prever e identificar las incriminaciones sigue el mismo camino. El principio de legalidad es, desde su célebre formulación por Beccaria a finales del siglo XVIII, uno de los fundamentos clave del derecho penal moderno, consagrado tanto en el artículo 7 del CEDH, como en el artículo 5 del PIDCP y 9 de la CADH. El Tribunal de Estrasburgo en la primera sentencia en que se debatió el principio de legalidad -STEDH,

Cujas, 2002, p.663, note 1. Pese a ello, hoy día la Sala de lo Penal de la jurisdicción suprema francesa resiste y no suscribe al punto de vista del TEDH: Cass. Crim., 16 de mayo de 2000, *Recueil Dalloz*, 2000, IR, 163.

²⁹ V. por ejemplo: detención después de una condena (STEDH, *Van Droogenbroek*, 24 de junio de 1982; internamiento de un menor (STEDH, *Bouamar*, 29 de febrero de 1988); internamiento de una alienada (STEDH, *Ashingdane c. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985); detención antes de una expulsión (STEDH, *Bozano c. Francia*, 18 de diciembre de 1986).

³⁰ STEDH, *Van der Leer c. Bélgica*, 21 de febrero de 1990, serie A 170 (&25 y ss.): "Alega la demandante que se violó el artículo 5.2, que dispone: "Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella." Sostiene que este texto le daba derecho a ser informada inmediatamente de la autorización de internamiento. Ahora bien, sólo se enteró por casualidad, con motivo de su incomunicación. El Gobierno reconoce que se debió notificar rápidamente a la señora Van der Leer lo ocurrido, pero entiende que la causa era el apartado 4. El apartado 2 no era aplicable al caso: las palabras "detención" y "acusación" demuestran que se refiere únicamente a las personas afectadas por una ley penal, y lo confirma la colocación de la conjunción "y" entre las dos palabras. El Tribunal es consciente de la connotación penal de los términos empleados en el artículo 5.2. Sin embargo, cree como la Comisión que exigen una interpretación autónoma de acuerdo, en particular, con el objeto y la finalidad del artículo 5: la protección de la persona contra las privaciones arbitrarias de libertad. De esta manera, la "detención" a que se refiere el apartado 2 del artículo 5 va más allá del ámbito de las medidas de naturaleza penal. Igualmente, cuando el texto legal habla de "cualquier acusación", no establece una condición para que sea aplicable, sino que tiene en cuenta una posibilidad. La estrecha relación entre los apartados 2 y 4 del artículo 5 corrobora esta interpretación: quien tenga el derecho de interponer un recurso para que se resuelva rápidamente sobre la legalidad de su detención, no podrá hacerlo eficazmente si no se le informa, en el plazo más breve y suficientemente, de los motivos por los que se le priva de su libertad (véase, mutatis mutandis, serie A, núm. 46, pg.28, ap. 66). Ahora bien, el apartado 4 no distingue las meras detenciones preventivas de los internamientos. Por consiguiente, no hay ninguna razón para excluir a éstos de la protección del apartado 2. El Tribunal, una vez que ha llegado a la conclusión de que es aplicable el artículo 5.2, tiene que resolver si en este caso fue respetado. La demandante estaba hospitalizada, según se dice, "voluntariamente", para recibir el correspondiente tratamiento. Hasta el 28 de noviembre de 1983 no se enteró, con ocasión de su incomunicación, de que carecía de libertad para abandonar el establecimiento debido a una orden dictada diez días antes (apartados 9 y 10 supra). El Gobierno no lo discute. Por consiguiente, no se notificaron a la interesada, de la manera y en el plazo previsto por el artículo 5.2, las medidas privativas de libertad tomadas contra ella. Ahora bien, era tanto más importante informarle de ello cuanto que ya estaba en el hospital psiquiátrico antes de la resolución del Juez cantonal que no cambió, por consiguiente, su situación de hecho. En consecuencia, ha habido violación del artículo 52.

Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993- afirmó que dicho principio exige que “una infracción tenga que ser claramente definida por la ley”³¹ (§52). El Tribunal consideró que “al hablar de “ley” el artículo 7 hace referencia a la misma noción que se encuentra en otras disposiciones del Convenio, cuando se prevén las condiciones aceptables a las restricciones a los derechos. Una de estas condiciones radica en el hecho de que la “injerencia debe ser prevista por la ley”³². Así, la legalidad del artículo 7 es sinónimo de “ley” inscrita en los párrafos 2 de los artículos 8 a 11, que abordan respectivamente el derecho a la vida privada y familiar (art.8), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art.9), la libertad de expresión (art.10), y la libertad de reunión y asociación (art.11). La sentencia *Kokkinakis* demuestra perfectamente este dato. El Tribunal, confrontado a una condena penal para proselitismo de un ‘Testigo de Jehová’, se pronunció pura y sencillamente sobre la cuestión de saber si la injerencia en la libertad religiosa “estaba prevista por la ley” (§§40-41), sin profundizar más adelante sobre la cuestión específica de la legalidad en el sentido penal (§52). De golpe, es toda la jurisprudencia “constructiva” del Tribunal europeo sobre la significación autónoma de la “ley” la que se desarrolla en el ámbito penal. Según los famosos asuntos *Sunday Times c. Reino Unido*³³ y *Kruslin et Huvig c. Francia*³⁴, no sólo la existencia de una base legal sino también la calidad de la ley (tiene que ser accesible y previsible) son elementos constitutivos de la legalidad en el sentido penal³⁵.

Otra noción cuyos lazos con el derecho penal es muy estrecha es la de “testigo”. En el Convenio europeo, el rol del testigo está mencionado el apartado 3, d) del artículo 6. Esta disposición reconoce el derecho de “todo acusado” de “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.” En el asunto *Bönish c. Austria* de 6 de mayo de 1985 (A 92), el Tribunal decidió ampliar el examen de la presunta violación del artículo 6.3d, examinando el caso sobre la necesidad del debido proceso regulado en el párrafo 1 del artículo 6 CEDH (§29). Con la ampliación de base legal efectuada, el Tribunal decidió no seguir de manera literal las denominaciones

³¹ STEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, §52: “El Tribunal señala que el artículo 7.1 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en detrimento del acusado. Se consagra así, de manera más general, el principio de la legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el que exige no aplicar la ley penal de manera extensiva en detrimento del acusado; especialmente por analogía; de ello se deduce que un delito debe ser claramente definido por la ley. Esta condición se cumple cuando el individuo puede conocer, a partir de la redacción del artículo aplicable y, en su caso, con la ayuda de su interpretación por los Tribunales, qué actos y omisiones comprometer su responsabilidad”.

³² *Ad exemplum*, he aquí el contenido del Artículo 8 CEDH - Derecho al respeto a la vida privada y familiar. “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Los párrafos 2 de los artículos 9, 10 y 11 están redactados de manera similar.

³³ STEDH, *Sunday Times c. Reino Unido* 26 de abril de 1979, §47: “El Tribunal constata que la palabra “ley” en la expresión “prevista por la ley” engloba, a la vez, tanto el Derecho escrito como el no escrito. Así no da importancia al hecho de desacato al Tribunal sea una creación de la Common Law y no del legislador. Se iría claramente contra la intención de los autores del si se dijese que una restricción impuesta por la Common Law no está “prevista por la ley”, con el único motivo de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de la Common Law, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico.

³⁴ STEDH, *Kruslin et Huvig c. Francia*, 24 de abril de 1990, §27: “Las palabras «prevista por la ley», en el sentido del artículo 8, exigen ante todo que la medida impugnada tenga algún fundamento en el Derecho interno; pero también se refieren a la calidad de la norma de que se trate: debe ser accesible a la persona afectada, que ha de poder prever sus consecuencias, y compatible con la preeminencia del Derecho”.

³⁵ STEDH, *S.W. c. Reino Unido*, 22 noviembre 1995, §35 : « El Tribunal a indicado que la noción de « ley » utilizada en el artículo 7 corresponde a la noción que de ley aparece en otros artículos del Convenio, englobando el derecho escrito y el no escrito, lo cual implica condiciones cualitativas, entre otras, las de accesibilidad y previsibilidad (véase, como ejemplo reciente el asunto *Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido* de 13 julio de 1995, série A n° 316-B , pp. 71-72, par. 37).» (Traducción mía)

nacionales (§31). Al examinar el derecho austriaco y el papel de los llamados “peritos” (*experts*) en el proceso penal, se dió cuenta de que, en función de su actuación en el procedimiento y de la manera con la cual cumplían su función, “las apariencias” acercaban más bien los peritos a los “testigos a cargo”. En consecuencia, el principio de igualdad entre los testimonios (de cargo y descargo) no se había respetado (§32) siendo ésta la causa de la violación del artículo 6.3d) CEDH por parte de Austria (§35)³⁶.

Con esta doble técnica, *i.e.* considerar el artículo 6§3d) como una *lex specialis* del artículo 6§1 y dar un sentido autónomo a la noción de “testigo”, la Corte de Estrasburgo pudo considerar que tanto una parte civil³⁷, cómo un co-acusado³⁸ podían ser considerados como “testigos” con el fin que sea respetado *in fine* la equidad del proceso.

³⁶ STEDH, *Bönisch c. Austria*, 6 de mayo de 1985, serie A 92, §§28-35: “La Comisión basa esencialmente su razonamiento en el artículo 6.3.d). En la vista de 21 de enero de 1985, su delegado, estimando que había habido infracción del derecho a un proceso equitativo, sugirió, sin embargo, al Tribunal que se basara alternativamente en el párrafo 1. El Gobierno combate esta tesis. Interpretado literalmente, el apartado d) del párrafo 3 se refiere a los testigos y no a los peritos. En cualquier caso, el Tribunal recuerda que las garantías del párrafo 3 constituyen aspectos particulares de la noción de proceso equitativo contenido en el párrafo 1 (ver, entre otras, Sentencia Artico, de 13 mayo 1980, serie A, núm. 37, pg. 15, ap. 32; *Gokddi*, de 9 de abril de 1984, serie A, núm. 76, pg. 11, ap. 28, y *Colozza*, de 12 de febrero de 1985, serie A, núm. 89, pg. 14, ap. 26). En las circunstancias del caso, si bien teniendo en cuenta las citadas garantías, considera que debe examinar las quejas del Demandante desde la óptica de la regla general del párrafo 1 (ver Sentencia *Colozza*, *loc. cit.*). El Gobierno señala que en derecho austriaco un perito es un asesor imparcial del Tribunal, nombrado por el mismo, y que la aplicación del artículo 48 de la Ley de 1975 no introduce ninguna variación en su naturaleza. El Demandante considera que el director del Instituto no puede verse como un perito en el sentido estricto del término, se adhiere a la opinión de la Comisión, que asimila tal experto a un testigo de cargo [art. 6.3.d)]. Por lo que se refiere al derecho interno, el Tribunal no debe partir de la noción suministrada por el Gobierno, sino que, con el fin de determinar el papel jugado por el perito en el procedimiento, el Tribunal no puede fundarse en la terminología explicada en la legislación austriaca, sino que debe observar la posición procesal que ocupa y la forma en que realiza su función. En este sentido, él habrá redactado los informes del Instituto, cuya remisión al Ministerio Fiscal determinó la persecución penal del señor Bönisch (aps. 10 y 15, supra). Posteriormente fue nombrado perito por el Tribunal regional de Viena en virtud del artículo 48 de la Ley de 1975 (aps. 11 y 19, supra); según éste, le correspondía exponer y completar las investigaciones o el dictamen del Instituto (ap 21, supra). Se comprende fácilmente que pueden surgir dudas, en particular en el ánimo del acusado, sobre la neutralidad de un perito cuyo informe ha provocado el ejercicio de la acción penal. En el presente caso, las apariencias sugieren que el director del Instituto es más un testigo de cargo. En principio, su interrogatorio durante la vista no es contrario al Convenio, pero el principio de igualdad de armas, consecuencia directa de la noción de proceso equitativo (ver, “mutatis mutandis”, Sentencia *Delcourt* de 17 de enero de 1970, serie A, núm. 11, pg. 15, ap. 28) e ilustrada por el párrafo 3.d) del artículo 6 (“en las mismas condiciones” -ver, “mutatis mutandis”, la Sentencia *Engel* y otros de 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, pg. 39, ap. 91-) exigía el equilibrio entre esta audiencia y la de las personas que, a cualquier título, pudieran ser oídas a petición de la defensa. El Tribunal considera, igual que la Comisión, que no se ha observado tal equilibrio en los dos procedimientos en cuestión: En primer lugar, el director del Instituto fue nombrado perito según la ley austriaca; según ésta, tendría que desarrollar una función de asistencia neutra e imparcial al juez. Por ello, sus declaraciones debían tener más influencia que las del testigo oído, como en el primer asunto ocurría, a petición del acusado (aps. 12 y 13, supra), aunque en el presente caso su neutralidad e imparcialidad podrían parecer dudosas (ap. 32, supra). Además, varios datos ilustran el papel predominante que ha juzgado el director. En calidad de perito podía asistir a toda la vista, plantear, con autorización del Juez, preguntas al acusado y a los testigos y comentar sus declaraciones en el momento oportuno (ap. 21, supra). El desequilibrio es particularmente llamativo en el primer procedimiento por la diferencia entre las respectivas posiciones del perito nombrado por el tribunal y el testigo nombrado por la defensa. Dado que era un simple testigo, el señor Prändl fue admitido a comparecer ante el Tribunal sólo en el momento de su testimonio, durante éste fue interrogado tanto por el Juez como por el perito, después de lo cual fue relegado a los bancos del público (ap. 12, supra). Por el contrario, el director del Instituto ejerció las facultades que le ofrecía la legislación austriaca; además, interrogó directamente al señor Prändl y al “acusado”. 34 Por otro lado, como el reclamante experimentó en este caso, la defensa no tenía apenas oportunidad de obtener el nombramiento de un contraperito (aps. 11, 14, 16 y 18, supra). Si la jurisdicción competente tiene necesidad de aclaraciones sobre el informe del Instituto, debe oír en primer lugar al agente de éste (art. 48 de la Ley de 1975); sólo puede recurrir a otro perito en las condiciones definidas en los artículos 125 y 126 del Código de Procedimiento Penal (ap. 21, supra), condiciones que no se dan en el presente caso. 35 Por tanto, ha habido violación del artículo 6.1. Esta conclusión dispensa al Tribunal de decidir separadamente sobre la violación del apartado 3.d) del artículo 6 y de examinar la tesis de la Comisión referente a la eventual incidencia del sistema de primas sobre la imparcialidad de los agentes del Instituto llamados a testimoniar como expertos (art. 48 de la Ley de 1975-ap. 22, supra).

³⁷ STEDH, *Bricmont c. Bélgica*, 7 julio 1989, serie A 158.

³⁸ STEDH, *Lucá c. Italia*, 27 febrero 2001, §41: “En este contexto, la circunstancia de que las declaraciones provengan de un coencausado, como en el presente caso, y no de un testigo, no es importante. A este respecto, el Tribunal señala que el término “testigo” tiene, en el sistema del Convenio, un sentido “autónomo” (Sentencia Vidal contra Bélgica de 22 abril 1992), serie A núm. 235-B, ap. 33). De esta forma, desde el momento en que una declaración, tanto si es efectuada por un testigo stricto sensu o por un coencausado, puede justificar, de manera importante, la condena del acusado, constituye un testimonio

2. Autonomía de la “materia penal”

6. La aplicación de las garantías del debido proceso previstas en el apartado 1 del artículo 6 CEDH están condicionadas por la existencia, bien de “derechos y obligaciones de carácter civil”, bien de una “acusación en materia penal”. Igualmente, la redacción del artículo 8 CADH supone la puesta en marcha de las mismas condiciones. Tanto en relación a la noción de “acusación” como a la de “materia penal”, el TEDH desarrolló una interpretación basada una vez más en la “autonomía” de estos conceptos lo cual permitió, de manera sumamente extensa, ampliar el campo de aplicación del artículo 6.1 a situaciones a veces lejanas de lo penal *stricto sensu*.

7. Ya en 1968, en la sentencia *Neumesteir c. Austria* (27 de junio de 1968), el Tribunal hacía referencia de manera muy alusiva a la noción de acusación “en el sentido del Convenio” (§18)³⁹; sus términos eran más precisos diez años después en la sentencia *König c. República Federal de Alemania* de 28 junio de 1978 (serie A n° 27) (§88). Fue, finalmente, en 1980 cuando dio una definición de **acusación** “autónoma”. El apartado 46 de la sentencia *Deweere c. Belgique* del 27 de febrero de 1980 señalaba a este respecto:

“La acusación podría (.../...) definirse como la notificación oficial, emanada de la autoridad competente, del reproche de haber cumplido una infracción penal⁴⁰”

Precisa el juez europeo que favorece una **acepción material de la noción de acusación** y que tiene que ir más allá de las apariencias conociendo las realidades concretas del procedimiento. De manera lógica, hizo lo mismo con la expresión “materia penal” en su famosísima sentencia *Engel et autres c. Pays-Bas*, de 8 de junio de 1976, a propósito de sanciones disciplinarias contra soldados en el ejercicio de su servicio militar. A este respecto, identificó tres criterios que le sirven desde entonces para identificar la existencia o no de una “materia penal” (§82): 1) la calificación dada por el derecho interno del Estado demandado, que tiene - como el propio Tribunal señala- un valor relativo; 2) la naturaleza de la infracción, es decir, la

de cargo y le son aplicables las garantías previstas por los artículos 6.1 y 6.3 d) del Convenio (cf., *mutatis mutandis*, Sentencia *Ferrantelli y Santangelo* contra Italia de 7 agosto 1996, Repertorio 1996-III, ap. 51 y 52”).

³⁹ STEDH, *Neumeister c. Austria*, 27 de junio de 1968, serie A8, §18 : « El plazo a tener en consideración para verificar el cumplimiento del texto mencionado comienza necesariamente el día en el que el sujeto es acusado, sin que sea posible determinar el fundamento jurídico de la acusación, *término éste interpretado en el sentido del Convenio*». (la traducción es mía)».

⁴⁰ STEDH, *Deweere c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980, §§42-46: La noción "acusación en materia penal" tiene, sin embargo, un carácter "autónomo"; debe interpretarse en el sentido del Convenio (ver concretamente la Sentencia *König* de 28 junio 1978, serie A, núm. 27, pg. 29, ap. 88), mientras que en un texto inglés el artículo 6.1 -como el resto del artículo 5.2-, se sirve de una palabra, "charge", de contenido más amplio. 44. El lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática (ver concretamente la Sentencia *Airey* citada, pgs. 12-13, ap. 24) conduce al Tribunal a optar por una concepción "material", y no "formal", de la "acusación" en relación con el artículo 6.1. Le lleva a observar más allá de las apariencias y a analizar las realidades del procedimiento a examen (...). 46. El carácter penal que el asunto reviste según el Convenio surge sin ambigüedad de una combinación de factores concordantes. La "acusación" podría, a los efectos del artículo 6.1, definirse como la notificación oficial, proveniente de la autoridad competente, del reproche de haber cometido una infracción penal. Varias decisiones y criterios de la Comisión adoptan la idea, que parece bastante semejante, de "repercusiones importantes sobre la situación" del sospechoso (*Neumesister*, serie B, núm. 6, pg. 81; asunto *Huber* contra Austria, Anuario del Convenio, vol. 18, pg. 357, ap. 67; asunto *Hatti* contra República Federal de Alemania, *ibidem*, vol. 19, pg. 1065, ap. 50, etc.). En estas condiciones, el Tribunal considera que a partir del 30 de septiembre de 1974 el demandante era objeto de una "acusación en materia penal".

transgresión de una norma de carácter general que revista carácter a la vez disuasivo y represivo; 3) finalmente, la gravedad de la sanción prevista⁴¹.

La sentencia *Engel* tiene su origen en un movimiento de “penalización” que permite a una situación nacional, excluida del “derecho penal nacional”, ser integrada como “materia penal” en el sentido convencional europeo. Son muy diversos los ámbitos que se han nutrido de manera cardinal de la influencia de este movimiento de “penalización”. Aquí, señalaremos más específicamente tres ámbitos⁴²: el de la represión disciplinaria con la sentencia *Engel* y también *Campbell*⁴³; el ámbito de las sanciones administrativas con la ilustrativa sentencia *Öztürk*⁴⁴ y el de las “penalizaciones” fiscales con la sentencia *Bendenoun*⁴⁵.

⁴¹ STEDH, *Engel y otros c. Países Bajos*, 8 de junio de 1976, serie A, §82: Por tanto, este Tribunal debe precisar, limitándose al ámbito del servicio militar, cómo verificará si una "acusación" determinada, a la cual el Estado en cuestión atribuye, como en este caso, un carácter disciplinario, se refiere, sin embargo, a una "materia penal" tal como se entiende en el art. 6. A este respecto, importa en primer lugar saber si el o los textos que definen la infracción incriminada pertenecen, según la técnica jurídica del Estado demandado, al derecho penal, al derecho disciplinario o a los dos a la vez. Se trata, sin embargo, de un simple punto de partida. Tal indicación no tiene más que un valor formal y relativo, debiendo examinarse a la luz del denominador común de las legislaciones respectivas de los diversos Estados contratantes. La naturaleza misma de la infracción representa un elemento de apreciación de gran peso. Si 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. Sobre el tema, este Tribunal señala su acuerdo con el Gobierno. No se acaba, sin embargo, ahí el control del Tribunal, que sería meramente ilusorio 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 de "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. Así lo requiere la gravedad de la cuestión, las tradiciones de los Estados contratantes y el valor que el Convenio atribuye al respeto de la libertad física de la persona (cf. "mutatis mutandis" Sentencia de De Wilde, Ooms y Versyp de 18 junio de 1971, serie A, número 12, pg. 36, último apartado y pg. 42, "in fine").

⁴² Se puede mencionar también el ámbito de las sanciones al Código de la carretera y el "retrait" de los "puntos" al permiso de conducta (STEDH, *Malige c. France*, 23 de septiembre de 1998)

⁴³ STEDH, *Campbell et Fell c. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984, serie A 80

⁴⁴ STEDH, *Öztürk c. Turquía*, 21 de febrero de 1984, §§ : « I. Sur l'applicabilité de l'article 6 § 3 e) (art. 6-3-e) 46. Selon le Gouvernement, l'article 6 § 3 e) (art. 6-3-e) ne s'applique pas en l'espèce car le requérant ne se trouvait pas "accusé" d'une "infraction pénale". D'après la législation de 1968/1975, qui a "décriminalisé" les petites infractions, notamment dans le domaine de la circulation routière, les faits reprochés à M. Öztürk constituaient une simple "contravention administrative" (*Ordnungswidrigkeit*). Or pareille contravention se distinguerait de l'infraction pénale tant par la procédure prescrite pour la poursuivre et réprimer que par ses caractéristiques et conséquences juridiques. Le requérant conteste le bien-fondé de cette thèse. La Commission n'y souscrit pas davantage: pour elle, l'infraction dont l'intéressé avait à répondre relève bien de la "matière pénale" au sens de l'article 6 (art. 6). 47. L'article 6 § 3 e) (art. 6-3-e) ne vaut que pour un "accusé". Il ressort de sa version anglaise ("charged with a criminal offence") et du paragraphe 1 de l'article 6 (art. 6-1) ("accusation en matière pénale") - texte de base dont les paragraphes 2 et 3 (art. 6-2, art. 6-3) représentent des applications particulières (arrêt Deweer du 27 février 1980, série A n° 35, p. 30, § 56) - que l'"accusation" visée au paragraphe 3 e) (art. 6-3-e) doit porter sur une "infraction pénale" (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Adolf du 26 mars 1982, série A n° 49, p. 15, § 30). D'après le droit allemand, le manquement commis par M. Öztürk ne s'analysait pas en une infraction pénale (*Straftat*) mais en une "contravention administrative" (*Ordnungswidrigkeit*). La question se pose de savoir si cette qualification est décisive au regard de la Convention. 48. La Cour a rencontré un problème analogue dans l'affaire Engel et autres, mentionnée d'ailleurs par les comparants. A la vérité, celle-ci concernait des sanctions infligées à des appelés du contingent et considérées comme disciplinaires par la législation néerlandaise; dans son arrêt, rendu le 8 juin 1976, la Cour a pris soin de préciser qu'elle se limitait au domaine du service militaire (série A n° 22, p. 34, § 82). Elle n'en estime pas moins que les principes se dégagent dudit arrêt (*ibidem*, pp. 33-35, §§ 80-82) entrent aussi en ligne de compte, mutatis mutandis, dans la présente affaire. 49. La Convention n'empêche pas les Etats, dans l'accomplissement de leur rôle de gardiens de l'intérêt public, d'établir ou maintenir une distinction entre différents types d'infractions définis par le droit interne et d'en fixer le tracé, mais il ne s'ensuit pas que la qualification ainsi adoptée soit déterminante aux fins de la Convention. Le législateur qui soustrait certains comportements à la catégorie des infractions pénales du droit interne peut servir à la fois l'intérêt de l'individu (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Engel et autres précité, *ibidem*, p. 33, § 80) et les impératifs d'une bonne administration de la justice, notamment dans la mesure où il décharge les autorités judiciaires de la poursuite et de la répression de manquements, nombreux mais de peu d'importance, à des règles de la circulation routière. La Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la "décriminalisation" existant - sous des formes fort diverses - dans les Etats membres du Conseil de l'Europe; le Gouvernement a raison d'y insister. Toutefois, si les Etats contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'"administrative" plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7), l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention.

⁴⁵ STEDH, *Bendenoun c. Francia*, 24 de febrero de 1994

8. En cuanto a la **represión disciplinaria**, tanto en el ámbito militar (*Engel*), como en el ámbito penitenciario (*Campbell*) y también en el de la potestad disciplinaria de los colegios profesionales (*Serre*⁴⁶), es interesante poner de relieve que, aunque el Tribunal europeo viene sosteniendo constante e inequívocamente que esta materia incluye las garantías de los artículos 6 y 7 (*Engel*, §49, v. nota 31), en esta ocasión se centró más bien en las exigencias de equidad del proceso (art.6), (*ad ex.*, la publicidad), dejando a un lado, la cuestión de la aplicabilidad del principio de legalidad (art.7). En este sentido, y siguiendo a un autor español “no es claro hasta qué punto la potestad disciplinaria está sometida a las exigencias del principio de legalidad”⁴⁷. Esta incertidumbre no existe en el ámbito americano de protección. De hecho, la Corte de San José consideró -en el caso *Caso Blanco Ricardo y otros*⁴⁸- que “las sanciones administrativas son la manifestación del poder punitivo del Estado” y, por tanto, tienen que ser respetuosas con el principio de legalidad e irretroactividad previsto en el artículo 9 de la CADH.

9. El movimiento de “penalización” de la **materia sancionatoria administrativa** iniciado por el juez de Estrasburgo incitó tanto a los jueces nacionales como al otro juez europeo, el de la Unión europea (TJCE), a adecuar su propia jurisprudencia.

El ejemplo del juez francés es significativo por la metamorfosis que la jurisprudencia interna en este asunto sufrió. Primero, son todas las “Autoridades administrativas independientes” (*autorités administratives indépendantes*) las que ejercen un poder represivo mediante sanciones pecuniarias las cuales están sometidas a las exigencias del artículo 6§1. No obstante, de vez en cuando, es el juez interno el que decide, teniendo en cuenta el movimiento “penalización”, anticipar eventuales declaraciones de violación por parte del TEDH y adaptar *propio motu* su jurisprudencia. Ha sido el juez el que por ejemplo declaró el sometimiento de la “Comisión de las operaciones de Bolsa” (*Commission des opérations de bourses, COB*) a la materia penal y por ende, a las exigencias del artículo 6§1⁴⁹. El juez administrativo francés, el Consejo de Estado, después de una ligera resistencia -que no asombró cuando se sabe su recelo a todo lo “europeo”, es decir, a lo “supranacional”- aceptó el movimiento declarando que las autoridades que detienen un “poder de sanción” -como la Comisión bancaria (*Commission bancaire, CB*)⁵⁰, la Autoridad de regulación de las telecomunicaciones (*Autorité*

⁴⁶ STEDH, *Serre c. Francia*, 1999

⁴⁷ L. M. DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, Madrid, Civitas-Thomson, 2003, p.408. (Serie Derechos fundamentales y Libertades públicas). Ver en la segunda edición de 2005 el capítulo XVI consagrado al principio de legalidad penal (pp.439-459).

⁴⁸ STEDH, *Caso Blanco Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, sentencia de 2 de febrero de 2001, §§106-107: «En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. *Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar.* La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva. 107. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión. »

⁴⁹ Corte de Apelación de París, *Société Compagnie Générales d'immobilier Georges V et autres c. Agent judiciaire du Trésor*, 14 de mayo de 1997 v. *Recueil Dalloz*, 1998, p.137, note M-L. NIBOYET ; Cass. Com., 1° de diciembre de 1998, *Oury, JurisClasseur (JCP)*, 1999, II, p.10057, note E. GARRAUD.

⁵⁰ Consejo de Estado francés, *Sté Habib Bank Ltd*, 20 de octubre de 2000 v. *Actualité juridique de droit administratif*, p.1001, chron. de M. GUYOMARD et P. COLLIN.

de régulation des télécommunications, ART)⁵¹, el Consejo Superior del Audiovisual (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel)⁵², la Comisión de control de los seguros (*Commission de contrôle*)⁵³ - se incluyen en la “materia penal” y, por tanto, están sujetas a las exigencias del artículo 6§1CEDH. Al igual que en el ámbito disciplinario, no se pronunció en concreto sobre la aplicación de las garantías del artículo 7.

La adecuación jurisprudencial -fomentada por el juez europeo de protección de los derechos humanos- tocó también la esfera comunitaria: el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (TJCE) decidió no quedarse al margen del fenómeno “penalización” de las sanciones. Durante un par de años, consideraba que las sanciones impuestas por la Comisión europea (Bruselas) en constatación de la violación de la normativa comunitaria en materia competencial no podían depender de las garantías del artículo 6§1 -la Comisión europea al no tener la naturaleza de “Tribunal” en el sentido del Convenio europeo⁵⁴. Hoy día, el Tribunal de Luxemburgo integra los criterios de la “materia penal” admitiendo *expressis verbis* que las sanciones administrativas (*i.e.* pecuniarias) de la Comisión de Bruselas son “sanciones penales” según el artículo 6§1⁵⁵.

10. Otro ámbito afectado por el fenómeno de la penalización es el de las **sanciones fiscales**. En la importante sentencia *Bendenoun*⁵⁶, el TEDH consideró que un procedimiento ante un juez administrativo relativo al recargo de impuestos por parte de la Administración fiscal es de la “materia penal”, primero, porque la normativa que tipifica tal sanción es de carácter general y por ende afecta a todos los ciudadanos en su calidad de contribuyente (*i.e.* el Código general de los Impuestos, *Code général des Impôts*) y segundo, porque se trata de una normativa cuya finalidad es obviamente represiva.

Llegados a este nivel de análisis compete ahora preguntarse si no hay zonas grises en la jurisprudencia que *in fine* disminuyan la efectividad jurídica de los conceptos penales.

B. El debilitamiento de los principios clásicos del derecho penal

La concepción material de la “ley” aplicada en el ámbito penal tiene repercusiones, no siempre positivas, sobre el principio de legalidad penal (**1**) y, en el mismo orden de ideas, la concepción amplia, por no decir casuística de la noción de “pena”, desemboca en varias incertidumbres en relación al principio *non bis in idem* recogido en el artículo 4 del Protocolo 7 (**2**).

1. La legalidad penal

11. La legalidad penal, lo hemos visto, se concibe a través de la noción autónoma de “ley” entendida desde un punto de vista material y no formal. Así, al hablar de “ley”, no se trata de la ley *stricto sensu*, ni del derecho escrito (*jus scriptionum*), sino del derecho *in se*, del *jus*. La primera consecuencia directa que se deriva de lo anterior es la integración de la jurisprudencia en la concepción europea de la ley. Lo que quiere decir que la “legalidad penal” puede ser la

⁵¹ Consejo de Estado francés, *Sté Cooper Communications*, 28 de julio de 2000.

⁵² Consejo de Estado francés, *Association Radio deux couleurs*, 29 de julio de 2002 v. *Actualité juridique de droit administratif*, 2003, p.475, étude de J-P. THIELLAY.

⁵³ Consejo de Estado francés, 28 octubre de 2002, *Laurent v. Actualité juridique de droit administratif*, 2002, p.1492, note D. COSTA.

⁵⁴ TJCE, *Solvay et Orkem*, 18 de octubre de 1989, v. *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1990, p.160 note J-C BONICHOT.

⁵⁵ STJCE, *Baustahlgewebe GmbH c. Commission*, 17 de diciembre de 1998, C-185/95 P, *Rec.*, I-8417.

⁵⁶ STEDH, *Bendenoun c. Francia*, 24 de febrero de 1994.

“jurisprudencia penal”. La doctrina penalista de tradición continental criticó de manera rigurosa este hecho⁵⁷. Sin embargo, se explica y puede justificarse. De hecho, no era posible imaginar que el Tribunal eligiera una concepción distributiva del principio de legalidad penal, es decir, que sólo tendría en cuenta las normas escritas en los países de derecho continental. Por el contrario, integró tanto el derecho escrito como el derecho no escrito de los países de *common law*. De no haberlo hecho así, el TEDH se habría alejado de manera peligrosa de la idea de “concepción común” de los derechos humanos y de “patrimonio común” que fundamenta el propio Convenio europeo (Preámbulo, §4 y 5)⁵⁸. En esta óptica, la “interpretación consensual” (*interprétation consensuelle*)⁵⁹ tiene que prevalecer y prevaleció *in fine*⁶⁰.

Lo que sí se puede criticar es el hecho de que por “base legal” puede entenderse también las actas administrativas cuya naturaleza no está clara: así, el informe de un trabajador social que permitió que un niño fuese internado en un lugar especializado para adolescentes⁶¹ o las directivas de origen militar⁶² e incluso las declaraciones gubernamentales como una declaración pública presentada ante la Cámara de las Comunes⁶³. ¡Aquí, el juez europeo se muestra particularmente tolerante, admitiendo por ejemplo en el caso *Vereinigung* que la injerencia en la libertad de información (artículo 10 CEDH), no tenía base legal *stricto sensu*, aunque sí “suficiente” (§31)!

La consecuencia paradójica de dicha consideración es una ampliación tremenda del famoso margen de apreciación de los Estados. La concepción común de “ley” -en su primer aspecto, el de la base legal- doblega de manera sensible la condición de legalidad prevista por el Convenio para limitar el ejercicio de los derechos. Al fin y al cabo, la práctica jurisprudencial demuestra que son sumamente escasos los asuntos en los cuales el Tribunal europeo declara la inexistencia de base legal.

12. El debilitamiento del concepto de legalidad penal se hace más evidente en lo que concierne al segundo aspecto de la “ley”, el de su calidad, i.e. su previsibilidad y accesibilidad. El requisito de la la calidad de la ley fue consagrado de manera general en la

⁵⁷ R. KOERING-JOULIN, « De l’art de faire l’économie d’une loi », *Dalloz*, 1990, chron., p.187.

⁵⁸ En un artículo muy reciente, el Vice-presidente deL CEDH, el Francés J-P. Costa, puso de relieve la diversidad de la influencia de las tradiciones jurídicas en Europa y su uso por el Tribunal con el fin de crear y desarrollar un *jus commune* en materia de derechos humanos. Así, del sistema de common law, el TEDH se apropia por ejemplo la “teoría de las apariencias” (*Justice must not only be done; it must be seen to be done*); la prueba ‘fuera de toda duda razonable’; el carácter contradictorio del procedimiento; el derecho a la no-incriminación. Los principios del sistema continental influyen también la jurisprudencia europea. Así, la separación de los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial); el concepto de laicidad; la seguridad jurídica que implica la confianza legítima o unas esperanzas legítimas; el efecto horizontal del Convenio (*drittwirkung*); los derechos “*acquis*”: J-P. COSTA, “Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme : de l’influence de différentes traditions nationales”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1° janvier 2004, pp.101-110.

⁵⁹ Se trata de poner de relieve los principios comunes a los derechos nacionales para, al fin y al cabo, obtener una norma común en materia de derechos humanos sin ignorar las peculiaridades de los derechos internos.

⁶⁰ F. SUDRE, «Faut-il repenser le principe de la légalité pénale ? », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, n°2, pp.335-356, spéc.p.344.

⁶¹ STEDH, *Andersson*, 25 de febrero de 1992, serie A 226, §84.

⁶² STEDH, *Vereinigung Demotratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Austria*, de 19 de diciembre de 1994, serie A 302, §31 : La Cour reconnaît que les dispositions en cause sont rédigées en termes généraux (.../...) En matière de discipline militaire, la rédaction de dispositions décrivant le détail des comportements ne se conçoit guère. Aussi les autorités peuvent-elles se voir contraintes de recourir à des formulations plus larges. Encore faut-il que celles-ci offrent une protection suffisante contre l’arbitraire et permettent de prévoir les conséquences de leur application. *La Cour considère que les textes en question, notamment la circulaire du 14 mars 1975, constituaient une base juridique suffisante* pour rejeter la demande de la VDSÖ. Quant à la première requérante, elle comptait parmi ses membres des militaires ayant accès à cette réglementation et devait donc s’attendre à ce que le ministre pût estimer devoir s’en inspirer à son égard. En conclusion, l’ingérence litigieuse était “prévue par la loi”. »

⁶³ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Rai, Allmond et Negociate now c. Reino Unido*, informe del 6 de abril de 1995.

sentencia *Sunday Times*, y su conceptualización su utiliza también respecto al principio de “legalidad penal”:

“La noción de legalidad de una pena implica no solamente que aquella pena tiene una base legal sino también que responde a las condiciones de accesibilidad y previsibilidad⁶⁴”

La *accesibilidad* ha sido definida como el acceso práctico, físico, al soporte escrito de la “ley”: se materializa con la publicación de la base legal, y con bastante frecuencia de la jurisprudencia. Así, en los casos *Kokkinakis* (§40) y *Gragnic* (§25), el Tribunal consideró que existía una jurisprudencia constante “publicada y por ende accesible”: por un lado, la de los tribunales griegos sobre la noción de proselitismo y por el otro, la de la Corte de Casación relativa a las nociones de violencia y de abuso de autoridad.

En realidad, es al examinar la exigencia de *previsibilidad* cuando el Tribunal analiza la cuestión del conocimiento de la regla de derecho. En materia penal, el Tribunal de Estrasburgo afirma de manera rotunda que el principio de legalidad penal “tiene como meta la salvaguarda del principio de seguridad jurídica”; considera además que se cumple el requisito de previsibilidad cuando:

“el individuo puede saber, en virtud de lo dispuesto en la cláusula pertinente y, si resulta necesario, merced a su interpretación por los tribunales, cuales son los actos y omisiones que le hacen responsable⁶⁵”.

13. Vemos aquí que la obligación de previsibilidad en materia penal tiene dos facetas: una definición clara de la ley y una interpretación razonable del juez penal.

En cuanto al primer aspecto, hay que decir que el juez propone una concepción muy realista del entendimiento de la ley previsible, de la ley “clara”/evidente. Pues, primero, se supone que un individuo puede entender la ley con la ayuda de “asesoramiento legal” (*conseils éclairés*)⁶⁶. Por tanto, no es necesario que sea entendida por todos. El principio clásico pero irrealista *-Nemo censetur ignorare legem-* no se transforma por el juez europeo en un dogma jurídico estricto como manifestación de la demagogía de un derecho “transparente”. Segundo, el juez europeo admite una precisión relativa de la ley y en su opinión, es imposible:

“llegar a una exactitud absoluta en la redacción de las leyes, particularmente en materias en las que los datos cambian en función de la evolución de las concepciones de la sociedad⁶⁷”.

Así, el nivel de precisión de la legislación interna puede variar en función del texto considerado, de la materia que regula y de la función de sus destinatarios⁶⁸. La precisión absoluta no es necesaria pues no es posible según el TEDH -en materia de competencia, de telecomunicaciones, de disciplina militar, de protección de la infancia, de definición de la

⁶⁴ ComEDH, *Gragnic c. Francia*, informe de 24 de junio de 1994, §32. La traducción es nuestra. He aquí la versión original : « la notion de légalité d'une peine implique non seulement que ladite peine ait une base légale mais que la loi elle-même réponde aux conditions d'accessibilité et de prévisibilité ». La Corte, después de la Comisión europea de los derechos humanos, confirmó este hecho: SSTEDH, *S.W. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995, §35; *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996, §29.

⁶⁵ STEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, A 260-A, §52. La traducción es nuestra. He aquí la versión original : “lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité.” Es interesante aquí indicar que el juez comunitario europeo (el TJCE) se conforme a tal definición : TJCE, 12 de diciembre de 1996, *Procédures pénales poursuivies contre X*, C-74/95 et C-129/95, *Rec.*, I, p.6609, point 25.

⁶⁶ STEDH, *Sunday Times, prec.*, §49; STEDH, *Cantoni., prec.*, §35.

⁶⁷ STEDH, *Barthold c. Alemania*, 25 de marzo de 1985, serie A 130, §60. La traducción es nuestra. He aquí la versión original : « d'arriver à une exactitude absolue dans la rédaction des lois, notamment dans des domaines dont les données changent en fonction de l'évolution des conceptions de la société. »

⁶⁸ STEDH, *Chorherr c. Austria*, 25 de agosto de 1993, serie A n° 266-B, §25.

“oscenidad” o aún de blasfemia ni por supuesto en materia de legalidad penal. El asunto *Cantoni* es típico del raciocinio del juez europeo. El demandante fue condenado en Francia por el ejercicio ilegal de la farmacia, en particular, por vender medicamentos en su supermercado. Ante los órganos de control del Convenio europeo esta persona consideró que el artículo 7 del CEDH había sido infringido por Francia, ya que la definición de medicamento no es “previsible”, tanto desde el punto de vista legal (definición muy amplia y por ende vaga del artículo 511 del Código de la Salud pública), como desde el jurisprudencial. Al examinar el asunto, el TEDH consideró que la técnica legislativa de las categorías generales (en lugar de unas nomenclaturas exhaustivas) usadas para la definición del medicamento no era incompatible con el artículo 7 (§32)⁶⁹, y menos aún cuando los destinatarios de aquella definición son “profesionales, acostumbrados a ser prudentes en su trabajo” (§35). Resulta claro que la previsibilidad no significa certeza absoluta. Y por ley previsible, hay que entender ley “razonablemente” previsible.

En lo que concierne a la interpretación razonable del juez penal (segundo aspecto de la previsibilidad de la ley penal), el Tribunal de Estrasburgo otorga a la jurisprudencia un rol de complemento del derecho escrito, rol que se puede considerar como desorbitado (exorbitante). De hecho, la construcción por el juez europeo de la noción de calidad de la ley se fundamenta sobre la idea de que la precisión jurisprudencial viene rellenando las lagunas de la ley escrita. Aquí, uno puede de manera crítica preguntarse si una ley represiva imprecisa que exige, para ser entendida, la intervención de la interpretación judicial, satisface -sobre todo desde el punto de vista del derecho continental- el requisito de la legalidad penal. Supone otorgar un rol importantísimo a la jurisprudencia de entendimiento y de interpretación. El asunto *Cantoni* demuestra lo difícil de una clara e inequívoca interpretación de la jurisprudencia. Conviene destacar que este asunto fue examinado cuando la Comisión europea de los derechos humanos (ComEDH) todavía existía. Se desprende del análisis del caso que la Comisión había considerado que la definición del medicamento carecía de un “grado razonable de previsibilidad” y que el demandante no podía saber que estaba sujeto a una persecución penal (Informe del 12 de abril de 1995, §63); por el contrario, el Tribunal estimó que el señor Cantoni, con asesoramiento legal, tenía que saber gracias a “la tendencia jurisprudencial sobre el fondo del asunto de la Corte de Casación así como de otras jurisdicciones, que se arriesgaba a ser condenado por ejercicio ilegal de la medicina (§35 *in fine*)”⁷⁰. El Tribunal declaró por unanimidad la no vulneración del principio de legalidad penal considerando que una mera “tendencia” jurisprudencial bastaba para cumplir con el requisito del artículo 7 CEDH!

⁶⁹ STEDH, *Cantoni c. Francia*, §§31-32: « 31. La Cour a déjà constaté qu'en raison même du principe de généralité des lois, le libellé de celles-ci ne peut présenter une précision absolue. L'une des techniques types de réglementation consiste à recourir à des catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation. L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent de la pratique (voir, parmi d'autres, l'arrêt Kokkinakis c. Grèce du 25 mai 1993, série A n° 260-A, p. 19, par. 40). 32. Comme beaucoup de définitions légales, celle du "médicament" contenue à l'article L. 511 du code de la santé publique est plutôt générale (paragraphe 18 ci-dessus). *L'utilisation de la technique législative des catégories laisse souvent des zones d'ombre aux frontières de la définition. A eux seuls, ces doutes à propos de cas limites ne suffisent pas à rendre une disposition incompatible avec l'article 7 (art. 7), pour autant que celle-ci se révèle suffisamment claire dans la grande majorité des cas. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne* ».

⁷⁰ STEDH, *Cantoni c. Francia*, §35 *in fine* : “A l'aide de conseils appropriés, M. Cantoni, de surcroît gérant d'un supermarché, devait savoir, à l'époque des faits, qu'en égard à la tendance se dégageant de la jurisprudence de la Cour de cassation et d'une partie des juridictions du fond, il courait un danger réel de se voir poursuivre pour exercice illégal de la pharmacie. »

14. Estamos en Europa confrontados a una definición floja de la previsibilidad penal hasta el punto de que la seguridad jurídica parece, al fin y al cabo, depender del método de interpretación del juez.

Por un lado, el juez europeo consagra de manera solemne el principio de interpretación estricta de la ley penal, rechazando la interpretación analógica *in malam partem*⁷¹. Por otro lado, pueden aparecer dificultades para entender el papel atribuido al juez nacional, más específicamente al juez penal, en la clarificación y precisión de la ley penal, ya que su interpretación puede poner en riesgo la prohibición de una interpretación extensiva. Esta fuerza de la interpretación judicial en materia penal ha sido consagrada *expressis verbis* en la sentencia *S.W. c. Reino Unido*⁷² en la cual el TEDH consideró que:

“la jurisprudencia como fuente de derecho contribuye de manera necesaria a la evolución progresiva del derecho penal” (.../...) “no se puede interpretar el artículo 7 como una disposición que prohíbe la identificación gradual de las reglas de la responsabilidad penal en relación a la interpretación judicial de cada asunto en concreto”.

La interpretación constructiva de la ley penal es admitida por el TEDH. Algunos podrían decir incluso decir que es *promovida* a la condición, tal y como el propio Tribunal indica, de que “*el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y que sea razonablemente previsible*”. ¿Dónde se encuentra la frontera en este caso entre la seguridad jurídica y la arbitrariedad? La frontera parece muy débil al considerar la “interpretación razonable del juez” en materia penal. El asunto ya citado *S.W.* es típico del malestar que genera dicha visión: el Tribunal de Estrasburgo avaló un giro de jurisprudencia *in malam partem*. Los hechos de la causa eran sencillos: se trataba de un marido declarado culpable de haber violado a su esposa por los tribunales ingleses. Para fundamentar la sanción, dieron una interpretación evolutiva de la noción de violación considerando que podía cometerse aún entre esposos aunque la *common law* en la época de los hechos no lo preveía en virtud de la inmunidad del marido en estos casos. El TEDH admitió esta actitud de los jueces ingleses; es decir admitió que una condena penal -que fue resultado de un cambio de jurisprudencia en contra del condenado- era conforme con el principio de legalidad penal, proponiendo una interpretación teleológica del artículo 7. Así preferió poner de relieve el principio de la dignidad humana frente a la interpretación estricta del principio de legalidad penal. Claro, parece evidente que los hechos del caso lo permitían, así como la tradición británica de *common law*. No obstante, se puede preguntar si el TEDH no se ha extralimitado actuando de esta manera. Son muchos los que lo piensan, sobre todo los juristas franceses de tradición continental⁷³. No se puede olvidar que hay lazos estrechos entre esta interpretación y el principio de no-retroactividad. Toda interpretación judicial, todo giro jurisprudencial se presenta de manera necesaria como retroactiva. ¿Cómo conciliar esto con la prohibición de retroactividad de la ley penal inscrita

⁷¹ STEDH, *E.K. c. Turquía*, 7 de febrero de 2002, §51 : “La Cour rappelle que, conformément à sa jurisprudence, l’article 7 consacre notamment le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l’accusé, par exemple par analogie ».

⁷² STEDH, *S.W. c. Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, §36 : “Aussi clair que le libellé d’une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d’interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s’adapter aux changements de situation. D’ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique du Royaume-Uni comme des autres Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l’évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l’article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l’interprétation judiciaire d’une affaire à l’autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l’infraction et raisonnablement prévisible ».

⁷³ R. KOERING-JOULIN, “Pour un retour à une interprétation stricte...du principe de la légalité criminelle (à propos de l’article 7, 1° de la Convention européenne des droits de l’homme), *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Paris-Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1995, pp.247-254 ; TAVERNIER, “L’actualité du principe de non-rétroactivité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l’homme”, *La Convention européenne des droits de l’homme : développements récents et nouveaux défis*, J-F. FLAUSS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 113-133.

en el artículo 7? Lo mismo ocurrió con los famosísimos casos *Streletz, Kessler, y Krenz c. Alemania* y *K.H.W c. Alemania* del 22 de marzo de 2001⁷⁴ en los cuales el TEDH admitió una interpretación *in malam partem* de la ley penal fundada, esta vez, en una evolución jurisprudencial debida a un cambio radical de sistema jurídico en el contexto de la sucesión de Estados⁷⁵. Aquí, el Tribunal dio la razón a los tribunales de Alemania -no por haber dado una justicia de vencedores, sino por haber sancionado la injusticia de los vencidos. Así, los actos efectuados y ordenados en la República Democrática Alemana pudieron ser sancionados por los tribunales de la Alemania reunificada unos cuantos años después, basándose en una interpretación literal del derecho interno e internacional vigente haciendo totalmente abstracción de la práctica *contra legem* del régimen comunista⁷⁶.

Tanto el principio de la dignidad humana (*S.W.*) como el de prevalecencia del derecho (*Streletz y K.H.W*) (*prééminence du droit*) ponen en entredicho el principio de legalidad penal. Es obvio que desde el punto de vista del derecho penal, tal interpretación constructiva puede ser y ha sido criticada. Ahora bien, la función de un Tribunal de protección de los derechos humanos permite y para algunos autores, necesita, ir más allá de los estrictos principios penales. La pregunta es: ¿hasta dónde?

2. El principio *non bis in idem*

15. Mediante la famosa máxima *non bis in idem* que literalmente quiere decir que no ha de incidirse dos veces en el mismo asunto, se designa la prohibición de sancionar más de una vez un mismo hecho ilícito. Por ende, cuando una misma jurisdicción juzga a una misma persona por delitos distintos, no hay vulneración del artículo 4 del Protocolo n°7, pues de lo que se trata aquí es del “concurso ideal de infracciones” (*concours idéal d’infractions*). Fue la célebre sentencia *Oliveira c. Suiza* la que determinó con claridad esta posición jurisprudencial⁷⁷.

⁷⁴ STEDH, *Streletz y otros c. Alemania*, 22 de marzo de 2001; STEDH, *K.H.W c. Alemania* de 22 de marzo de 2001. Estos dos casos se desarrollan en el contexto peculiar de la reunificación alemana.

⁷⁵ STEDH, *Streletz y otros c. Alemania*, 22 de marzo de 2001, §§81-83 : El Tribunal considera que es legítimo para un Estado iniciar diligencias penales contra personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; así mismo, no se podría reprochar a los tribunales del Estado, que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de derecho. 82. En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el punto de vista del artículo 7.1, por muy clara que pueda estar redactada una disposición penal, sea cual sea el sistema jurídico, existe indudablemente un elemento de interpretación judicial y habrá que dilucidar siempre los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (Sentencias SW y CR contra el Reino Unido anteriormente citadas pgs. 41-42, aps. 34-36 y pgs. 68-69, aps. 32-34, respectivamente, apartado 50 supra). Ciertamente, esta noción se aplica en principio a la evolución progresiva de la jurisprudencia en un mismo Estado de derecho y bajo un régimen democrático, elementos que constituyen las piedras angulares del Convenio, como atestigua su preámbulo (apartado 83 infra), pero conserva todo su valor cuando, como en este caso, ha habido sucesión de dos Estados. 83 Un razonamiento contrario iría contra los principios mismos sobre los que está construido todo el sistema de protección establecido por el Convenio. Los autores del Convenio se refirieron a estos principios en el preámbulo del Convenio «reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen los cimientos incluso de la justicia y de la paz en el mundo y cuyo mantenimiento reposa esencialmente en un régimen político verdaderamente democrático, por un lado y, por otro, en una concepción común y un común respeto de los derechos humanos que reclaman» y se declaraban «animados por un mismo espíritu y poseyendo un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto de la libertad y de preeminencia del Derecho».

⁷⁶ Vide los comentarios de P. TAVERNIER, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2001, p.1164 y s.; F. MASSIAS, *Revue de Sciences Criminelles*, 2001, pp. ; Ph. G., *Journal du droit international*, 2002-1, pp.278-282.

⁷⁷ STEDH, *Oliveira c. Suiza*, de 30 de julio de 1998, § 26: “Il s’agit là d’un cas typique de concours idéal d’infractions, caractérisé par la circonstance qu’un fait pénal unique se décompose en deux infractions distinctes, en l’occurrence l’absence de maîtrise du véhicule et le fait de provoquer par négligence des lésions corporelles ; en pareil cas, la peine la plus lourde absorbe le plus souvent la plus légère. Il n’y a là rien qui contrevienne à l’article 4 du Protocole n° 7, dès lors que celui-ci prohibe de juger deux fois une même infraction, alors que dans le concours idéal d’infractions, un même fait pénal s’analyse en deux infractions distinctes ».v. *Journal du droit international*, 1999, note O.B., pp.255-257.

Por un lado, el TEDH -mediante un giro jurisprudencial materializado en 2002 con los casos *W.F. y Sallen*⁷⁸ - considera que el principio *non bis in idem* no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos en vía penal, a condición de que difieran en sus “elementos esenciales”. Por un otro lado, el TEDH incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia y no considerando relevante la denominación de la legislación en la que se encuentran (STEDH, *Öztiirk c. Alemania*, de 21 de febrero de 1984). En este contexto, el TEDH califica de nuevo una sanción administrativa en sanción penal y considerar que un mismo hecho ha sido juzgado dos veces, condenando el Estado. Así ocurrió en el asunto *Gradinger*⁷⁹. Dicha actitud es la consecuencia de la autonomización y su aplicación puede volverse delicada en algunos asuntos desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Quizás es el precio a pagar para que el Convenio sea aplicado de manera uniforme en cuarenta y cinco Estados.

II.— LOS DERECHOS SUSTANTIVOS Y EL FENÓMENO DE « PROCEDIMENTALIZACIÓN »

16. Los derechos sustantivos que conocen el fenómeno de la “procedimentalización” son sobre todo el derecho a la vida (artículo 2 CEDH), la prohibición de la tortura o de propinar tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH) y, finalmente, de manera aún más exigente hoy en día, el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)⁸⁰. Considero idóneo

⁷⁸ STEDH, *W.F. c. Austria*, de 30 de mayo de 2002; STEDH, *Sallen c. Austria*, 6 de junio de 2002. Este giro entrañó un cambio de la jurisprudencia constitucional en España, pues durante mucho tiempo, el Tribunal Constitucional mantenía que el principio *non bis in idem* no sólo impedía la doble incriminación penal, sino también prohibía que un mismo hecho podía ser objeto de sanción penal y de sanción administrativa. El Pleno del Tribunal Constitucional rectificó expresamente su jurisprudencia considerando que el principio *non bis in dem* no excluía que hechos que ya habían sido objeto de sanción administrativa pudieran ser perseguidos en vía penal (STC 2/2003 de 16 de enero de 2003). A este respecto es interesante el fundamento jurídico nº 5 (FJ) punto c) de la sentencia del TC español : “Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en *bis in idem*, no basta con que las infracciones aplicadas presenten diferencias, o que una de ellas represente solo un aspecto parcial de la otra (STEDH 23 de octubre de 1995, caso *Gradinger c. Austria*, § 55), pues la cuestión de si se ha violado o no el principio *non bis in idem* protegido en el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, “ataña a las relaciones entre los dos ilícitos” aplicados, si bien este artículo no limita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la “extiende al derecho a no ser perseguido penalmente” (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*, § 29). Afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el art. 4 del Protocolo 7 no se refiere al “mismo ilícito”, sino a ser “perseguido o sancionado penalmente ‘de nuevo’ por un ilícito por el cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado”, de modo que si bien entiende que “el mero hecho de que un solo acto constituya más de un ilícito no es contrario a este artículo”, no por ello deja de reconocer que este artículo despliega sus efectos cuando “un acto ha sido perseguido o sancionado penalmente en virtud de ilícitos sólo formalmente diferentes” (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*, § 24). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que “existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un ilícito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un ilícito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros ... Un ejemplo obvio sería un acto que constituyera dos ilícitos, uno de los cuales contuviera precisamente los mismos elementos que el otro más uno adicional. Puede haber otros casos en los que los ilícitos únicamente se solapen ligeramente. Así, cuando diferentes ilícitos basados en un acto son perseguidos de forma consecutiva, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales” (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*, § 25; en igual sentido SSEDH de 30 de mayo de 2002, caso *W. F. c. Austria*, § 25; y de 6 de junio de 2002, caso *Sallen c. Austria*, § 25). Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que no se había producido vulneración del art. 4 del Protocolo 7 en el caso *Oliveira c. Suiza* —STEDH de 30 de julio de 1998— por entender que existía un concurso ideal de infracciones, y ha inadmitido la demanda en el caso *Ponsetti y Chesnel c. Francia* —Decisión de inadmisión de 14 de septiembre de 1999— al considerar que las infracciones por las que fue sancionado el recurrente en vía administrativa y penal diferían en elementos esenciales”. La sentencia entera puede ser vista en el sitio web del TC español: <www.tribunalconstitucional.es>; ver también los comentarios de L-M. DIEZ-PICAZO, *op.cit.*, p.402 (1º ed.)

⁷⁹ STEDH, *Gradinger c. Austria*, de 23 de octubre de 1995, serie A 328 C.

⁸⁰ Para una síntesis de la evolución relative al derecho a la vida privada y familiar, v. F. SUDRE; “La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale”, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, F. SUDRE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.11 y s.

desarrollar aquí la presentación de los dos primeros derechos, pues no sólo sus lazos con el derecho penal están muy directos, sino que permiten una equiparación bastante constructiva con el sistema interamericano de derechos humanos y con la jurisprudencia casi siempre pionera en estos temas de la CorteIDH.

El fenómeno de la “procedimentalización” se está deduciendo de otro más general, el de las “obligaciones positivas”. Al lado de las obligaciones positivas tradicionales, de tipo sustancial que permitan dar un efecto concreto al derecho protegido, se están añadiendo otras, de tipo procedimental las cuales, de manera obvia, dan aún más fuerza a la protección del derecho a la vida (A) y a la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes (B).

A. La protección del derecho a la vida

17. El derecho a la vida es el primero de los derechos del hombre, “el valor supremo en la escala de los derechos del hombre en el plano internacional” según el propio TEDH⁸¹. Su respeto es la condición necesaria para que los demás derechos puedan ser ejercidos. Esta visión es también la de la CorteIDH la cual lo afirma contundentemente en el caso *Villagrán Morales y otros*⁸².

Para apreciar el carácter innovador en Europa de la “procedimentalización” de las “obligaciones positivas” (2), merece la pena presentar el concepto clásico de las “obligaciones positivas” cuyo eje cardinal se sitúa sobre la sustancia del derecho (1). Tendremos la ocasión de darnos cuenta de que estas obligaciones funcionan tanto cuando se tiene que proteger la vida humana contra los actos del Estado, como cuando se tiene que proteger la vida frente a agresiones de los particulares.

1. Las obligaciones positivas clásicas: obligaciones de tipo sustancial

18. *El deber que pesa sobre el Estado de no lesionar por sí mismo la vida humana admite en el continente europeo unas cuantas excepciones.* Como lo indica Luis María Díez-Picazo, “El artículo 2 CEDH es hijo de su tiempo y no sólo salva expresamente en su apartado primero la posibilidad de que los legisladores nacionales establezcan la pena de muerte, sino que en su apartado segundo enumera varias situaciones en las que sería legítimo causar la muerte (defensa frente a una agresión ilegítima, práctica de detenciones, captura de presos evadidos, represión de revueltas e insurrecciones)”⁸³. Dicha cláusula de excepción no existe en otros Convenios similares como la Convención americana, mucho más protectora (v. el artículo 4 CADH).

En este contexto, el TEDH interpretó de manera muy restrictiva las excepciones del apartado segundo. He aquí la consagración del primer tipo de obligación positiva que una parte de la doctrina francesa llama “obligaciones sustanciales”⁸⁴: se trata de evitar un uso excesivo de la fuerza armada. Particularmente relevante en este orden de consideraciones es la sentencia *McCann c. Reino Unido*⁸⁵ relativa a una emboscada de los servicios secretos británicos a miembros de la banda terrorista IRA en Gibraltar. El TEDH hizo entonces dos

⁸¹ STEDH, *Streletz, Kessler et Krenz c. Alemania*, 22 de marzo de 2001, §§87 y 94.

⁸² STEDH, *Villagrán Morales y otros (caso de los Niños de la calle)*, sentencia de 19 de noviembre de 2001, §144. v. al respecto los comentarios ilustrados de S. GARCÍA RAMÍREZ: “Algunos criterios recientes de la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos”, *La jurisdicción internacional*, op.cit., pp.225-227.

⁸³ L-M. DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, op.cit., 1º ed., p.190.

⁸⁴ F. SUDRE, J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2004 (2º ed.), p.91.

⁸⁵ STEDH, *McCann c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995, serie A n°324.

importantísimas afirmaciones: 1) el respecto a la vida no admite excepción alguna en tiempos de paz; y 2) el apartado segundo del artículo 2 CEDH no enuncia situaciones en las que es legítimo ocasionar intencionalmente la muerte, sino circunstancias en las que cabe hacer un uso legítimo de la violencia, lo cual puede desembocar a su vez en una muerte involuntaria. Así, se desprende según el TEDH del propio apartado segundo del artículo 2 al señalar que “el recurso a la fuerza deberá ser absolutamente necesario”. Con respecto al derecho a la vida, más que un juicio de proporcionalidad, parece exigirse lo que podría denominarse según Luis María Díez Picazo un ‘juicio de indispensabilidad’⁸⁶.

Aquí, la cuestión de la **pena de muerte** tiene una importancia muy especial⁸⁷ ya que ha sufrido una evaluación muy interesante estos últimos años en el continente europeo. La evolución ha venido marcada por la jurisprudencia y por la voluntad de los Estados Partes del CEDH quienes decidieron adoptar el protocolo n°13 al CEDH⁸⁸.

La redacción originaria del artículo 2§1 señala que:

“El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, *salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.*”
(Lo subrayado es mío).

Dicha afirmación se explica por el contexto de los años cincuenta: en ésta época, muchos de los países del Consejo de Europa estaban aplicando la pena de muerte y muchos de los juicios y de las condenas de los nazis estaban en mente. Al leer el artículo 2§1, se observa de inmediato que las condiciones esgrimidas para asegurar la legalidad de la pena capital se encontraban bastante escasas, a la diferencia tanto del PIDCP (artículo 6§2 a 6) como de la CADH (artículo 4§2 a 5). Unos cuantos años después los Estados decidieron –ante el progreso del movimiento abolicionista acaecido en el continente– adoptar el famosísimo protocolo n° 6 que afirma en el artículo 3.1: “Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”, el artículo 3 rehusando todo tipo de excepciones sobre la base del artículo 15 CEDH. Sin embargo, el artículo 2 de éste mismo protocolo deja la puerta abierta a esta funesta pena “por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra”. Lo mismo ocurrió en el continente americano con la adopción del *Protocolo a la Convención americana sobre derechos humanos relativo a la pena de muerte* (A-53)⁸⁹. En consecuencia, los Estados partes al protocolo n° 6 ya no podían prevalecerse del §1 del artículo 2 en la medida en que el artículo 1 del protocolo 6 “neutralizaba” dicha cláusula. A pesar de la ingeniería jurídica y de la evolución positiva en el derecho interno de los Estados partes, el reconocimiento en el CEDH de la posibilidad de instituir, aún con ciertas condiciones, la pena de muerte, redujo considerablemente las posibilidades de actuación del TEDH. Primero, porque fueron muy pocos los casos en los que pudo examinar la conformidad del Convenio con la pena capital. Segundo, porque el TEDH, “víctima del desfase entre las normas convencionales que tiene que aplicar y la realista abolicionista del continente europeo, no podía ir más lejos y calificar la pena de muerte de trato inhumano y degradante *per se*”⁹⁰. El juez De Meyer lo afirmaba de manera rotunda en su voto

⁸⁶ L-M. DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, op.cit., 1° ed., p.191.

⁸⁷ Al respeto puede consultarse G. COHEN-JONATHAN, W. SCHABAS (dir.), *La peine capitale et le droit international des droits de l’homme*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, 275p.

⁸⁸ Se presenta como un protocolo adicional y no como un protocolo de modificación.

⁸⁹ Se puede consultar el texto íntegro en la web de la OEA : <www.oas.org>

⁹⁰ E. CORNU, S. PARAYRE, “Le protocole n°13 à la Convention européenne des Droits de l’homme : l’abolition totale et définitive de la peine de mort en Europe ?”, *Actualité et droit international*, avril 2003, spéc. p.3. <<http://www.ridi.org/adi>>

concordante en el asunto *Soering* de 1989⁹¹. En estas circunstancias, el giro vivido en el año 2003 en Europa es sencillamente impresionante. Pues por un lado, el TEDH gracias a su poder “constructivo” de interpretación cambió de posición en el importantísimo caso *Öcalan* del 12 de marzo de 2003, considerando que “la pena de muerte en tiempos de paz es una forma de sanción inaceptable, cuando no inhumana, que ya no está autorizada por el artículo 2” (§196 *in fine*)⁹², aplicando dicha afirmación a los tres Estados partes que, en esa época, no habían ratificado el protocolo n° 6, a saber Rusia, Armenia y el Estado demandado en el caso, Turquía⁹³. Para llegar a este cambio de perspectiva, el TEDH se apoyó sobre la práctica abolicionista de la casi-totalidad de los Estados partes (§195), la cual demuestra su acuerdo para “derogar, o al menos modificar sustancialmente, la excepción de la pena de muerte recogida en el artículo 2§1” (§196 primera frase).

Paralelamente, los Estados partes, gracias a su poder normativo, adoptaron un nuevo protocolo, el n° 13 que entró en vigor el 1 de julio de 2003⁹⁴. Dicho protocolo abole la pena de muerte “en todas circunstancias”, es decir, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Se llega así al punto final de los esfuerzos del Consejo de Europa para eliminar en el continente europeo la pena de muerte.

19. Junto al deber de no usar de la fuerza de manera excesiva, el derecho a la vida tiene como obligación lógica proteger la vida humana⁹⁵. Esta obligación va más allá del “deber primordial” de instituir una legislación penal concreta disuadiendo de cometer actos ilícitos contra las personas. Así, la salud de las **personas privadas de libertad** -sea en la cárcel, sea en las dependencias de la policía, durante un periodo de vigilancia policial (*garde à vue*)- merece una atención específica por parte de los servicios del Estado⁹⁶. Eso quiere decir que los servicios estatales de la prisión tienen que prestar asistencia a los detenidos enfermos con el objetivo de evitar bien un destino funesto⁹⁷, bien un suicidio⁹⁸. Esta obligación positiva a favor de los detenidos se encuentra también en la jurisprudencia interamericana la cual insiste sobre “el deber del Estado de adoptar medidas para proteger a quienes se hallan sujetos a su

⁹¹ STEDH, *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, serie A n°161.

⁹² STEDH, *Öcalan c. Turquía*, de 12 de marzo de 2003, §§195-196 : “*De même, la Cour observe que le traitement juridique de la peine de mort a considérablement évolué depuis qu'elle s'est prononcée sur l'affaire Soering. D'une abolition de fait dans vingt-deux Etats contractants constatée dans cette affaire en 1989, on est passé à une abolition de jure dans quarante-trois des quarante-quatre Etats contractants – notamment, très récemment, dans l'Etat défendeur – et à un moratoire dans le dernier pays qui n'a pas encore aboli cette peine, à savoir la Russie. Cet abandon pratiquement total en Europe de la peine de mort en temps de paix se traduit par la signature du Protocole n°6 par l'ensemble des Etats membres et par la ratification de ce Protocole par quarante et un d'entre eux, la Turquie, l'Arménie et la Russie excepté. En témoigne également la politique du Conseil de l'Europe, qui exige des nouveaux Etats membres, comme condition préalable à leur admission dans l'Organisation, qu'ils s'engagent à abolir la peine capitale. Du fait de cette évolution, les territoires relevant de la juridiction des Etats membres du Conseil de l'Europe forment à présent une zone exempte de la peine de mort.*”

196. *Il est tout à fait possible de considérer que cette franche tendance traduit à présent un accord des Etats contractants pour abroger, ou du moins modifier, la deuxième phrase de l'article 2 § 1, particulièrement lorsque l'on tient compte du fait que tous les Etats contractants ont déjà signé le Protocole n°6 et que quarante et un d'entre eux l'ont ratifié. On peut se demander s'il est nécessaire d'attendre la ratification du Protocole n°6 par les trois Etats membres restants pour conclure que l'exception relative à la peine de mort prévue à l'article 2 § 1 a été substantiellement modifiée. Eu égard à la convergence de tous ces éléments, on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable, voire inhumaine, qui n'est plus autorisée par l'article 2.* » (Lo subrayado es mio).

⁹³ Hoy día (al 19 de octubre de 2005), cuarenta y tres (44) de los cuarenta y cinco (46) Estados partes del Consejo de Europa han ratificado el Protocolo n°6. Rusia como Monoco no lo han ratificado todavía.

⁹⁴ Serie de los Tratados Europeos (STE) n°187, abierto a la firma el 3 de mayo de 2002. Su texto integral como el informe explicativo puede ser consultado en el sitio web de la Oficina de los Tratados del Consejo de Europa <<http://conventions.coe.int>>. Al 6 de enero de 2004, son 20 veinte los Estados partes quienes lo han ratificado, contra 21 que lo han únicamente firmado.

⁹⁵ STEDH, *L.C.B. c. Reino Unido*, de 9 de junio de 1998, *Rec.* 1998-III, p. 1403, § 36.

⁹⁶ STEDH, *Berktaç c. Turquía*, de 1 de marzo de 2001.

⁹⁷ STEDH, *Anguelova c. Bulgaria*, de 13 de junio de 2002, §130.

⁹⁸ STEDH, *Tanribilir c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2000, §70.

jurisdicción”⁹⁹. Tanto en votos concurrentes¹⁰⁰, como en las propias sentencias¹⁰¹, la Corte de San José opta claramente por la teoría de las obligaciones positivas a favor de los detenidos, pues el deber del Estado, según sus propias palabras :

“es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia¹⁰².”

Otro tema de sumo interés, después de la cuestión de los detenidos, es el de las **desapariciones forzadas**¹⁰³. El Tribunal de Estrasburgo permitió formular importantes giros jurisprudenciales influenciados sin duda por la jurisprudencia interamericana en la materia y también por la “doctrina” del Comité de los derechos humanos de las Naciones Unidas. Durante años, el TEDH veía en las “desapariciones” de personas detenidas una única vulneración del derecho a la libertad y a la seguridad¹⁰⁴. Afortunadamente, el Tribunal decidió cambiar su opinión en 1999 en la sentencia *Çakici*¹⁰⁵ en la cual se afirmó que cuando desaparecía una persona después de un arresto y de una detención por la policía, el derecho a la vida del artículo 2 se infringía por no velar el Estado por la protección de la vida del detenido. Para llegar a este resultado, la fuerza persuasiva de la jurisprudencia interamericana fue mayor pues el Tribunal de Estrasburgo hizo suya la interpretación de la Corte de San José acerca de la “presunción de muerte”. Ya desde su primera sentencia de fondo, el TEDH en el famosísimo asunto *Velázquez Rodríguez* del 29 de julio de 1988 afirmó (§188) que:

“El contexto en que se produjo la desaparición y la circunstancia de que siete años después continúe ignorándose qué ha sido de él, son de por sí suficientes para *concluir razonablemente que Manfredo Velásquez fue privado de su vida*. Sin embargo, incluso manteniendo un mínimo margen de duda, debe tenerse presente que su suerte fue librada a manos de autoridades cuya práctica sistemática comprendía la ejecución sin fórmula de juicio de los detenidos y el ocultamiento del cadáver para asegurar su impunidad¹⁰⁶”.

⁹⁹ S. GARCÍA RAMÍREZ, « Algunos criterios recientes de la jurisdicción interamericana de derechos humanos », *La jurisdicción internacional, op.cit.*, pp.234-235: (ver el punto 19. Condiciones de detención).

¹⁰⁰ S. GARCÍA RAMÍREZ, Voto razonado concurrente en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros c. Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de junio de 2002. El eminente autor hace referencia a la “doble vertiente” de la condición de garante del Estado en estos casos: “La función de garante implica a) omitir todo aquello que pudiera suponer al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena por una parte; y b) proveer todo lo que resulte pertinente — conforme a la ley aplicable — para asegurar los fines de la reclusión : seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra” (§18).

¹⁰¹ Fue en el asunto *Gangaran Panday c. Surinam*, sentencia de 16 de enero de 1994, serie C, n°16, en particular el voto concurrente de tres jueces — PICADO-SOTELA, AGUIAR-ARANGUREN, CANÇADO TRINDADE — en el que apareció la idea de una obligación positiva de proteger la vida de los reclusos (§3 *in fine*). Después, el CorteIDH hizo enteramente suya dicha visión en los asuntos *Neira Alegría y otros c. Perú*, sentencia del 19 de enero de 1995, serie C, n°20, §60; *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, §86; *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, n°70, §172.

¹⁰² CorteIDH, *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, Resolución del 18 de junio de 2002, Medidas provisionales solicitadas por la ComIDH, consideración 8 y punto resolutivo 1, citado por S. GARCÍA RAMÍREZ, « Algunos criterios recientes de la jurisdicción interamericana de derechos humanos », *La jurisdicción internacional, op.cit.*, pp. 235, nota 84.

¹⁰³ CITRONI G., «Desaparición forzada de personas: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte interamericana de derechos humanos », *Anuario de derecho internacional*, 2003, pp. 373-407.

¹⁰⁴ STEDH, *Kurt c. Turquía*, 25 de mayo de 1998.

¹⁰⁵ STEDH, *Çakici c. Turquía*, 8 de julio de 1999, §87: “ *Etant donné que l'on doit présumer qu'Ahmet Çakici est décédé à la suite d'une détention non reconnue par les forces de l'ordre, la Cour constate que la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée quant à ce décès*. Elle observe que les autorités n'ont fourni aucune explication sur ce qui s'est passé après l'arrestation de l'intéressé, et que le Gouvernement n'a invoqué aucun motif apte à justifier un quelconque recours de ses agents à la force mortelle. La responsabilité de la mort d'Ahmet Çakici est dès lors imputable à l'Etat défendeur et il y a donc eu violation de l'article 2 de ce chef »; ver también la STEDH, *Ertak c. Turquía*, 9 de mayo de 2000.

¹⁰⁶ Ver el texto in Sergio GARCÍA RAMÍREZ (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, op.cit.*, p.78.

Tal interpretación fue mantenida con una constancia inequívoca en los casos posteriores como los asuntos *Godínez Cruz* (§198)¹⁰⁷, *Castillo Páez* (§§71-72)¹⁰⁸, *Neira Alegría y otros* (§76)¹⁰⁹, *Caballero Delgado y Santana*¹¹⁰, *Blake*¹¹¹, *Bámaca Velásquez* (§173)¹¹². A este respecto, la Corte Interamericana no vaciló en rechazar unas cuantas estrategias de defensa bastante cínicas, como en el asunto *Castillo Páez* en el cual el Gobierno de Perú se escondía detrás de la ausencia “del cuerpo del delito, condición que es exigida unánimemente por la doctrina penalista contemporánea” (§70), para negar la violación del derecho a la vida (§73):

“No puede admitirse el argumento del Estado en el sentido de que la situación misma de la indeterminación del paradero de una persona, no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que “faltaría... el cuerpo del delito”, como lo exige, según él, la doctrina penal contemporánea. Es inaceptable este razonamiento puesto que bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición.”

Fueron necesarios diez años para que el TEDH se decidiera a hacer suya la visión antes mencionada favorable a las víctimas -teniendo en cuenta por fin¹¹³ la invocación, ya sea por los demandantes¹¹⁴, ya sea por las ONG¹¹⁵, de la jurisprudencia de la CorteIDH- y aceptando la idea de que ante la ausencia de explicaciones satisfactorias transmitidas por las autoridades, la muerte del desaparecido tenía que presumirse y que el demandante -muy a menudo un miembro de la familia del desaparecido- no se encontraba en la obligación de probar la muerte del desaparecido¹¹⁶.

19. Como se apuntó (v. §17), *el derecho a la vida implica además el deber del Estado de proteger efectivamente la vida humana frente a agresiones de los particulares*. El juez europeo considera que el artículo 2 CEDH obliga al Estado a adoptar medidas de tipo preventivo para que la vida de los individuos sea protegida de manera cierta e inmediata de los actos criminales de los demás¹¹⁷. Dicha obligación tiene un carácter relativo pues varía

¹⁰⁷ CorteIDH, *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, §198.

¹⁰⁸ CorteIDH, *Caso Castillo Páez vs Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, serie C n°34, §73.

¹⁰⁹ CorteIDH, *Caso Neira Alegría y otros*, sentencia de 19 de enero de 1995, serie C n°20, §76.

¹¹⁰ CorteIDH, *Caso Caballero Delgado y Santana*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, serie C n°22, §56.

¹¹¹ CorteIDH, *Blake*, excepciones preliminares, sentencia del 2 de julio de 1996, serie C n°27, §39.

¹¹² CorteIDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, §173.

¹¹³ En el asunto *Kurt c. Turquía* de 25 de mayo de 1998, a pesar de la invocación tanto por la víctima como por la ONG *Amnesty International* de la jurisprudencia interamericana, el TEDH no se decidió a adoptarla (v. los §§67 a 71 y el §100).

¹¹⁴ En el asunto *Ertak c. Turquía* de 9 de mayo de 2000, fue la propia víctima quien presentó elementos de derecho internacional para apoyar su demostración. He aquí el §106 que lo pone de relieve : « *Dans ses observations écrites à la Cour, le requérant attire l'attention sur des documents internationaux concernant la question des disparitions forcées, tels que : – la Déclaration des Nations unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (A.G. Res. 47/133, 18 décembre 1992) ; – la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH) ; – la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, notamment les arrêts Velásquez Rodríguez c. Honduras du 29 juillet 1988 (Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) n° 4) (1988)), Godínez Cruz c. Honduras du 20 janvier 1989 (Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) n° 5) (1989)), et Cabellero-Delgado et Santana c. Colombie du 8 décembre 1995 (Inter-Am. Ct. H. R.)* ».

¹¹⁵ En el asunto *Timurtas c. Turquía* de 13 de junio de 2000 fue la ONG “CEJIL” la que presentó la jurisprudencia de la CorteIDH, utilizando la posibilidad otorgada por el Convenio y el Reglamento de la Corte de presentar observaciones. He aquí el §7 : “Le 10 juin 1999, la présidente de la chambre a autorisé le *Centre pour la justice et le droit international (CEJIL), organisation non gouvernementale de protection des droits de l'homme ayant son siège en Amérique*, à présenter des observations écrites sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de disparitions forcées (articles 36 § 2 de la Convention et 61 § 3 du règlement). Ces observations sont parvenues à la Cour le 9 juillet 1999 ». Ver también el §79.

¹¹⁶ STEDH, *Timurtas c. Turquía*, de 13 de junio de 2000; STEDH, *Tas c. Turquía*, de 14 de noviembre de 2000.

¹¹⁷ STEDH, *Osman c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998, §116: “Para el Tribunal, y sin perder de vista las dificultades para la policía de ejercer sus funciones en las sociedades contemporáneas, ni la imprevisibilidad del comportamiento humano ni las opciones operacionales a tomar en términos de prioridades y de recursos, hay que interpretar esta obligación de manera que no se imponga a las autoridades un peso insostenible y excesivo. Así, toda presunta amenaza contra la vida no obliga a las autoridades, a la vista del Convenio, a tomar medidas concretas para prevenir su realización. Otra consideración

según las circunstancias. En primer lugar, supone la existencia de un “riesgo seguro e inmediato” para la vida de la persona; en segundo lugar, el conocimiento del riesgo por las autoridades; y, tercero, la ausencia de medidas razonables que se podían esperar por parte las autoridades. Así, al poner un detenido en la misma aula que un peligroso enfermo mental que le asesinará, el Estado inglés infringió su obligación de prevención en la protección de la vida humana de un detenido¹¹⁸.

2. Las nuevas obligaciones positivas: obligaciones de tipo procedimental

20. Las obligaciones positivas de tipo sustancial no son las únicas que deben cumplir los Estados en Europa. El TEDH descubrió al mismo tiempo las de tipo procedimental. Dicho fenómeno no es una innovación en el continente americano pues desde el caso *Velásquez Rodríguez* la Corte de San José las puso al día. Basta con leer el apartado 188 del caso para darse cuenta de ello :

“Ese hecho, unido a la falta de investigación de lo ocurrido, representa una infracción de un deber jurídico, a cargo de Honduras, establecido en el artículo 1.1 de la Convención en relación al artículo 4.1 de la misma, como es el de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual implica la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho”. (Lo subrayado es mío).

21. Descubierta más tarde que en América, el aspecto procedimental del derecho a la vida se convirtió en Europa en un fenómeno imprescindible en las dos facetas de la protección del derecho (protección contra los actos del Estado pero también contra los de los particulares).

En el primer aspecto, es de nuevo relevante la sentencia *McCann* al considerar en su apartado 161 que:

“La obligación de proteger el derecho a la vida que impone el artículo 2, en relación con el deber general que incumbe al Estado en virtud del artículo 1 del Convenio de «reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el (...) Convenio», implica y exige conducir una forma de encuesta eficaz cuando el recurso a la fuerza, en concreto por parte de agentes del Estado, ha tenido como consecuencia la muerte de un hombre¹¹⁹”.

pertinente es la necesidad de asegurarse de que la policía ejerce su poder de yugular y de prevenir la criminalidad respetando plenamente las vías legales y otras garantías que limitan legítimamente la extensión de sus actos de investigación criminal y de acusación de los delincuentes ante la justicia, incluidas las garantías que figuran en los artículos 5 y 8 del Convenio.

El Tribunal considera que, frente a la alegación de que las autoridades no cumplieron con su obligación de proteger el derecho a la vida en el marco de su deber de prevenir y reprimir los atentados contra la persona (apartado 115 supra), tiene que estar convencido de que dichas autoridades sabían, o habrían debido saber en el momento que uno o varios individuos estaban amenazados de manera real e inmediata en su vida por el hecho de actos criminales de un tercero, y que ellas no tomaron, dentro del marco de sus atribuciones, las medidas que, desde un punto de vista razonable, habrían sin duda paliado este riesgo. El Tribunal no acepta la tesis del Gobierno de que el hecho de no percibir este riesgo de muerte en las circunstancias conocidas entonces y de no tomar medidas preventivas para impedir que se concretara el riesgo, equivaldría a una falta grave o a un incumplimiento deliberado de la obligación de proteger la vida (apartado 107 supra). En efecto, un criterio tan riguroso sería incompatible con las exigencias del artículo 1 del Convenio y con la obligación de los Estados Contratantes con respecto a este artículo de asegurar una protección concreta y efectiva de los derechos y las libertades consagradas por este instrumento, incluido por el artículo 2 (véase, mutatis mutandis, Sentencia *McCann* y otros anteriormente citada, pg. 45, ap. 146). Para el Tribunal, y a la vista de la naturaleza del derecho protegido por este artículo, esencial para la economía del Convenio, basta con que el demandante muestre que las autoridades no hicieron todo y que se podía razonablemente esperar de ellas para que impidieran la materialización de un riesgo cierto e inmediato para la vida, del que tenían, o deberían tener, conocimiento. Se trata de una cuestión cuya respuesta depende del conjunto de las circunstancias del asunto en cuestión”.

¹¹⁸ STEDH, *Edwards c. Reino Unido*, de 14 de marzo de 2002.

¹¹⁹ STEDH, *McCann c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995.

La investigación supone efectuar un “examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en las cuales los homicidios han sido efectuados” (*McCann*, §163). De hecho, “la protección procedimental del derecho a la vida” según las propias palabras del TEDH¹²⁰, supone una acción para identificar y castigar a los culpables de un homicidio ilegal. Este requisito se cumple cuando, en el curso de un procedimiento penal que se concluye por la condena del autor del homicidio, los hechos de la causa han sido objeto de una investigación, de interrogatorios y de contra-interrogatorios públicos de las personas involucradas en el homicidio. Esta jurisprudencia se desarrolló de manera importante y preocupante en asuntos que implicaban especialmente a dos Estados, Turquía y el Reino Unido. Así, cuando se constata una ausencia sistemática de toda investigación¹²¹; cuando ésta no ha sido organizada por personas independientes¹²² o privilegia el testimonio de las personas involucradas en los actos ilícitos¹²³, el TEDH constata la violación del Convenio.

Merece ser subrayado el hecho de que el juez europeo puede declarar la violación del derecho a la vida únicamente en presencia de una infracción de la obligación procedimental, después de haber exonerado el Estado de toda violación de la obligación sustantiva¹²⁴, lo que es sumamente importante desde el punto de vista de las víctimas¹²⁵. En este orden de consideraciones, el TEDH amplía de manera significativa el ámbito de la protección procesal en virtud del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo). Pues, según el juez europeo, la importancia del derecho a la vida exige también “un acceso efectivo al procedimiento de la investigación”. En el asunto *Kaya*, parece claro que la obligación procedimental es consecuencia de la invocación del artículo 13 por la víctima. Así el TEDH afirmó *expressis verbis* que “las exigencias del artículo 13 van más allá de la obligación procedimental que el

¹²⁰ STEDH, *Kaya c. Turquía*, de 19 de febrero de 1998, §87: “El Tribunal recuerda que, según el Gobierno, nos encontramos en este caso ante un asunto claro de homicidio legal cometido por las fuerzas de seguridad, razón por la cual las autoridades no estaban obligadas a ir más allá de las formalidades mínimas. No podría acoger esta tesis dado que la versión oficial de los hechos padece de la ausencia de elementos de prueba para corroborarla. Considera, además, que las formalidades mínimas sobre las que se apoya el Gobierno, presentan graves lagunas, incluso si se tratara, como lo pretende, de un caso muy simple de homicidio cometido de manera justificada por las fuerzas de seguridad”.

¹²¹ STEDH, *Chipre c. Turquía*, de 10 de mayo de 2001, §§134 et 136: “*La Cour ne peut que noter que les autorités de l’Etat défendeur n’ont jamais ouvert la moindre enquête sur les griefs émanant des familles des disparus selon lesquels on aurait perdu la trace de ces derniers alors qu’ils se trouvaient détenus dans des circonstances où il y avait de réelles raisons de nourrir des craintes à leur sujet.* A cet égard, force est de noter que la déclaration alarmante de M. Denktas n’a eu aucune suite officielle. Rien n’a été tenté pour identifier les personnes qui auraient été libérées par les forces turques pour être remises aux forces paramilitaires chypriotes turques ni pour rechercher à quel endroit les corps auraient été abandonnés. Il n’apparaît pas non plus que la moindre enquête officielle ait été ouverte sur l’allégation selon laquelle des prisonniers chypriotes grecs auraient été transférés en Turquie. (...) 136. *A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu’il y a eu violation continue de l’article 2 en ce que les autorités de l’Etat défendeur n’ont pas mené d’enquête effective visant à faire la lumière sur le sort des Chypriotes grecs qui ont disparu dans des circonstances mettant leur vie en danger, et sur le lieu où ils se trouvaient* ». (Lo subrayado es mío).

¹²² STEDH, *Mahmut Kaya c. Turquía*, de 28 de marzo de 2000, §95; *Aktas c. Turquía*, de 24 de abril de 2003; *McShane c. Reino-Unido*, de 28 de mayo de 2002, §126; *Hugh Jordan, McKerr, Kelly et al. Shanagan c. Reino-Unido*, de 4 de mayo de 2001, § 142. Se trata de cuatro casos que el Tribunal acumuló pues todos abarcaban la cuestión de la lucha ainti-terrorista por la policía en Irlanda del Norte (*Royal Ulster Constabulary*). Esta jurisprudencia — publicada únicamente en inglés — hace algunas notables referencias a los instrumentos internacionales de referencia, tal como son los de Naciones Unidas, los del Comité europeo por la prevención de la tortura y, merced a la intervención de una ONG (*Northern Ireland Human Rights*) a la jurisprudencia del Comité de los derechos humanos de la ONU como a la jurisprudencia de la CorteIDH concluyendo “*Internal accountability procedures had to satisfy the standards of effectiveness, independence, transparency and promptness, and facilitate punitive sanctions*”. Ver también más recientemente, STEDH, *Finucane c. Reino Unido*, 1° de julio de 2003.

¹²³ STEDH, *Ergi c. Turquía*, de 28 de julio de 1998, §§83-84.

¹²⁴ STEDH, *Kaya c. Turquía*, de 19 de febrero de 1998; *Ülku Elinci c. Turquía*, de 16 de julio de 2002; *Tepe c. Turquía*, de 9 de mayo de 2003.

¹²⁵ De hecho, existen situaciones en las cuales el TEDH tiene dificultades para declarar la violación material del artículo 2. Fue el caso en el asunto *Mc Shane c. Reino-Unido* de 28 de mayo de 2002 en el cual resultaba bastante complicado declarar la responsabilidad del Estado en la muerte de una persona durante una manifestación en la ciudad de Belfast provocada por el choque de un coche de policía, v. *Journal du droit international*, 2, 2003, p.539, obs. Ed.D.

artículo 2 hace a los Estados contractantes de investigar de manera efectiva¹²⁶; es interesante notar que en otro caso, el caso *Gülec*, el TEDH condenó a Turquía sobre la única base jurídica del artículo 2, afirmando lo siguiente (§82):

“Tanto este Tribunal, como la Comisión, concluye que la investigación no ha sido llevada a cabo ni de manera profunda ni por órganos independientes y, además, sin la participación del demandante que no recibió notificación alguna por parte de los tribunales turcos¹²⁷”.

No se puede afirmar hoy día de manera tajante que nos hallamos en presencia de una evolución, pues el Tribunal en algunos casos ha estigmatizado la diferencia entre “investigación efectiva” y “recurso efectivo” (como en el asunto *Edwards*¹²⁸). Sin embargo, de lo que no cabe duda es que ha producido un efecto sumamente protector de la combinación de los artículos 2 y 13 para las víctimas¹²⁹.

22. Es de nuevo el **tema de la pena de muerte** el que permite poner de relieve la interacción normativa entre los dos sistemas regionales de protección de derechos humanos. Una interacción sumamente positiva pues, en este ámbito, fue de nuevo el sistema americano el que influyó al europeo. En el ya citado asunto *Öcalan*, el impacto de la jurisprudencia interamericana combinada con la doctrina del Comité de las Naciones Unidas fue decisivo para convencer al TEDH de hacer suyos los estándares internacionales en materia de pena de muerte y de proceso equitativo. La famosa e importantísima opinión consultiva pronunciada por la CorteIDH en 1999 sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular*¹³⁰, confirmada en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros*¹³¹ no pudo ser ignorada por el juez europeo. A favor de citar de manera expresa la “doctrina” del Comité de las Naciones Unidas la jurisprudencia interamericana en la sección de la sentencia llamada “III. El Derecho y la práctica interna e internacional pertinente (§§59 a 64)”, el TEDH las citó en el corazón de su decisión, para aumentar la fuerza de su argumentación (§§ 203-204). He aquí la traducción de este pasaje clave :

“Deriva igualmente de la exigencia del artículo 2.1 que la muerte puede ser dada únicamente en virtud de la “ejecución de una sentencia capital pronunciada por un tribunal” y que el “tribunal” que impone dicha pena tiene que ser un tribunal independiente e imparcial en el sentido de la jurisprudencia de este Tribunal (casos *Incal*

¹²⁶ STEDH, *Kaya c. Turquía*, de 19 de febrero de 1998, § 107: “En este caso, el demandante se queja de que él mismo y los parientes del difunto se han visto privados de un recurso «efectivo» que les hubiera permitido arrojar luz sobre las circunstancias en las cuales Abdülmenaf Kaya encontró realmente la muerte. Para el Tribunal, la naturaleza del derecho que reprocha haber infringido a las autoridades, uno de los fundamentales del Convenio, debe tener implicaciones por el tipo de recurso que hay que garantizar a la familia de la víctima. En concreto, cuando la familia formula una alegación defendible de homicidio ilegal cometido por agentes del Estado, la noción de recurso efectivo, según el artículo 13, implica, además del pago de la correspondiente indemnización, investigaciones a fondo y efectivas dirigidas para conducir a la identificación y al castigo de los responsables y conlleva un acceso efectivo de la familia a la investigación (ver *mutatis mutandis*, las Sentencias *Aksoy* y *Aydin* citadas previamente, pgs. 98 y 103 *supra* respectivamente). Vistas desde este punto de vista, las exigencias del artículo 13 van más allá de la obligación procedimental que el artículo 2 fija a los Estados contratantes de llevar a cabo una investigación efectiva (apartados 86 y 87 *supra*)”.

¹²⁷ STEDH, *Gülec c. Turquía*, de 27 de julio de 1998, §82 : « Dans ces conditions, la Cour, comme la Commission, conclut que l'enquête n'a été menée ni de façon approfondie ni par des organes indépendants et, de surcroît, sans la participation du plaignant qui ne reçut pas notification de l'ordonnance du 18 octobre 1991 et de la décision du 13 novembre 1991. »

¹²⁸ STEDH, *Paul et Audrey Edwards c. Turquía*, de 14 de marzo de 2002, §§87 y 97. Uno se pregunta si al distinguir demasiado no hay cierta confusión, sobre todo cuando se considera que uno de los criterios de la efectividad de una investigación radica en el establecimiento de las responsabilidades.

¹²⁹ Para otras confirmaciones, v. STEDH, *Velikova c. Bulgaria*, de 18 de mayo de 2000.

¹³⁰ CorteIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular*, Opinión consultiva, OC-16/99, de 1° de octubre 1999, serie A, n°16. Ver S. GARCÍA RAMÍREZ (Coord.), *op.cit.*, p.1093 y s.

¹³¹ CorteIDH, *casos Hilaire, Constantine, Benjamin y otros*. Ver S. GARCÍA RAMÍREZ (Coord.), *op.cit.*, p.864 y s.

c. *Turquia, Çiraklar, Findlay c. Reino Unido* del 25 de febrero de 1997, *Recueil* 1997-I, et *Hauschildt c. Dinamarca* del 24 de mayo de 1989, série A n° 154). En consecuencia, las normas de equidad más estrictas y más rigurosas tienen que ser seguidas en el procedimiento penal tanto en primera instancia como en apelación. Siendo irreversible la ejecución de la pena capital, es únicamente con la aplicación de tales normas que una muerte arbitraria e ilegal puede ser evitada (*vide* en este orden de consideraciones, la resolución 1984/50 del Comité económico y Social de la Naciones Unidas y las decisiones del Comité de los derechos humanos de las Naciones Unidas citadas en los apartados 59 a 62 más arriba y la opinión consultativa OC-16/99 del 1° de octubre de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre “el deber a la información sobre la asistencia consular en el cuadro de la garantías del proceso equitativo” (§§135-136) y el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinité et Tobago* (§§146-148) citados en los apartados 63 y 64). Por fin, la exigencia recogida en el artículo 2.1 según la cual la pena tiene que ser “prevista por la ley” entraña no solamente que la sentencia tenga una base legal en derecho interno, sino también que el criterio de la calidad de la ley sea plenamente respetado, es decir que la base legal sea ‘accesible’ y ‘previsible’ según la acepción dada en estos términos en la jurisprudencia de este Tribunal (*Amann c. Suiza* [GC], n° 27798/95, §56, CEDH 2000-II, et *Rotaru c. Rumania* [GC], n° 28341/95, § 52, CEDH 2000-V).

204. De la interpretación del artículo 2.1 desarrollada más arriba se deriva que la ejecución de un condenado a muerte que no ha tenido un proceso equitativo no está autorizada¹³².

¹³² STEDH, *Öcalan c. Turquía*, de 12 de marzo de 2003. Hemos traducido los párrafos 203 y 204. He aquí la versión original de los §§ 199 a 204 para que el lector pueda tener una visión más global de la argumentación de la Corte.

« *) *Procédure inéquitable et peine de mort.*

199. Pour la Cour, les attitudes qui ont actuellement cours au sein des Etats contractants vis-à-vis de l'abolition de la peine de mort, telles qu'elles ressortent de l'analyse exposée ci-dessus, doivent être prises en compte lorsqu'on en vient à examiner la compatibilité d'une sentence capitale avec les articles 2 et 3. Ainsi qu'elle l'a dit ci-dessus, elle se fondera sur l'hypothèse que la peine de mort est autorisée dans certaines circonstances.

200. Comme elle l'a déjà souligné à propos de l'article 3, la manière dont la peine de mort est prononcée ou appliquée, la personnalité du condamné ou une disproportion à la gravité de l'infraction, ainsi que les conditions de la détention vécue dans l'attente de l'exécution, figurent parmi les éléments de nature à faire tomber sous le coup de l'article 3 le traitement ou la peine subis par l'intéressé (arrêt *Soering* précité, p. 41, § 104).

201. Puisque l'article 2, qui garantit le droit à la vie, se place parmi les articles primordiaux de la Convention – l'un de ceux auxquels aucune dérogation ne saurait être autorisée en temps de paix en vertu de l'article 15 – et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe, il faut donc en interpréter les dispositions de façon étroite (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *McCann c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1995, série A no 324, pp. 45-46, § 147) ; la même remarque vaut *a fortiori* pour la deuxième phrase de l'article 2.

202. Quand bien même l'article 2 autoriserait-il encore aujourd'hui la peine de mort, la Cour estime qu'il est interdit d'infliger la mort de façon arbitraire en vertu de la peine capitale. Cela découle de l'exigence que « le droit de toute personne à la vie [soit] protégé par la loi ». Un acte arbitraire ne saurait être régulier au regard de la Convention (arrêt *Bozano* précité, §§ 54 et 59).

203. Il découle également de l'exigence contenue dans l'article 2 § 1 que la mort ne peut être donnée qu'en vertu de « l'exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal », et que le « tribunal » qui inflige cette peine doit être un tribunal indépendant et impartial au sens de la jurisprudence de la Cour (arrêts *Incal c. Turquie* (précité), *Çiraklar* (précité), *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, *Recueil* 1997-I, et *Hauschildt c. Danemark* du 24 mai 1989, série A no 154) ; par ailleurs, les normes d'équité les plus strictes et les plus rigoureuses doivent être observées dans la procédure pénale tant en première instance qu'en appel. L'exécution de la peine capitale étant irréversible, ce n'est que par l'application de telles normes qu'une mort arbitraire et illégale peut être évitée (voir, à cet égard, la résolution 1984/50 de l'ECOSOC et les décisions du Comité des droits de l'homme des Nations unies, citées aux paragraphes 59 à 62 ci-dessus, ainsi que l'Avis consultatif OC-16/99 du 1er octobre 1999 de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme concernant « le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'un procès équitable », §§ 135-136, et l'arrêt *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, §§ 146-148, mentionnés aux paragraphes 63 et 64 ci-dessus). Enfin, l'exigence contenue dans l'article 2 § 1 selon laquelle la peine doit être « prévue par la loi » implique non seulement que la sentence ait une base légale en droit interne mais aussi que le critère de la qualité de la loi soit pleinement respecté, c'est-à-dire que la base légale doit être « accessible » et « prévisible » selon l'acception donnée à ces termes dans la jurisprudence de la Cour (*Amann c. Suisse* [GC], no 27798/95, § 56, CEDH 2000-II, et *Rotaru c. Roumanie* [GC], no 28341/95, § 52, CEDH 2000-V).

204. Il découle de l'interprétation de l'article 2 développée ci-dessus que l'exécution d'un condamné à mort qui n'a pas bénéficié d'un procès équitable n'est pas autorisée. » (lo subrayado es mío, corresponde a la versión traducida).

El observador del sistema americano no encontrará tales referencias sumamente originales; de hecho, el juez interamericano no vacila, desde el comienzo de su funcionamiento, en utilizar el derecho internacional de los derechos humanos en su argumentación. La explicación es sencilla: en virtud de una interpretación constructiva del artículo 62.3 de la CADH el derecho aplicable por la CorteIDH es bastante amplio, lo que le incita a utilizar el derecho “externo” para interpretar la CADH. En el contexto europeo las referencias al derecho comparado de los derechos humanos aparecen novedosas, de tal modo que el TEDH ha empezado únicamente estos últimos años a citar y utilizar de manera constructiva la jurisprudencia internacional para apoyar sus propias argumentaciones¹³³. El fenómeno de la “procedimentalización” del derecho a la vida parece aquí su apogeo, pues se utiliza en un ámbito tan primordial como es el de la pena de muerte.

23. El fenómeno de la procedimentalización abarca también, como he dicho antes, el ámbito de las **relaciones interindividuales**, pues como afirmó clara e inequívocamente el TEDH, la protección procedimental del artículo 2 funciona también cuando la muerte ha sido provocada por personas que no pertenecen a la organización del Estado. El caso *Ergi* es muy significativo al respecto; otra solución hubiera sido totalmente incoherente desde el punto de vista jurídico, al disociar la solución en función del estatuto (agente del Estado o no) de la persona al origen de la muerte¹³⁴. En el mismo momento, es evidente que dicha obligación no puede imponer una obligación insostenible y excesiva a las autoridades estatales¹³⁵ sino que tiene que evaluarse en función de las prioridades y de los recursos de los Estados.

B. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes.

24. La prohibición del artículo 3 CEDH es absoluta, no admite ninguna restricción ni derogación en la medida en que se trata, como el derecho a la vida, de un “valor fundamental de las sociedades democráticas”¹³⁶. Tal especificidad fue confirmada en el importantísimo caso *Al-Adsani* en el cual el juez europeo reconoce que la prohibición de la tortura ya se ha convertido en “una regla imperativa del derecho internacional”¹³⁷, en otras palabras, una norma de *jus cogens* -teniendo expresadamente en cuenta la jurisprudencia del Tribunal penal por la antigua Yugoslavia¹³⁸. En este orden de consideraciones, es relevante destacar que hoy día en Europa, *todo uso* de la fuerza física, sea cual sea su nivel de intensidad, cae en el

¹³³ Es muy interesante remarcar que el TEDH hace más referencia que en el pasado a la jurisprudencia de la CorteIDH: J-F. FLAUSS, “Du droit international comparé des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Le rôle du droit comparé dans la formation du droit européen*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Schulthess Polygraph, 2002, pp.159-182.

¹³⁴ STEDH, *Ergi c. Turquía*, de 28 de julio de 1998, §82: « La Cour accorde par ailleurs une importance particulière à l'exigence procédurale que contient implicitement l'article 2 de la Convention. Elle rappelle qu'aux termes de sa jurisprudence l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition, combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de la Convention de « reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention », implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme (voir l'arrêt McCann et autres précité, p. 49, § 161, et l'arrêt Kaya c. Turquie du 19 février 1998, Recueil 1998-I, pp. 322, 324, §§ 78, 86). Ainsi, au contraire de ce qu'affirme le Gouvernement (paragraphe 75 ci-dessus), cette obligation ne vaut pas seulement pour les cas où il a été établi que la mort avait été provoquée par un agent de l'Etat. Ne joue pas non plus un rôle décisif le fait que les membres de la famille du défunt ou d'autres personnes aient ou non porté officiellement plainte au sujet de la mort auprès des autorités compétentes en matière d'enquête. En l'espèce, le simple fait que les autorités aient été informées du décès donnait ipso facto naissance à l'obligation, découlant de l'article 2, de mener une enquête efficace sur les circonstances dans lesquelles il s'était produit ». (Lo subrayado es mío).

¹³⁵ STEDH, *Bromiley c. Reino Unido*, de 23 de noviembre de 1999. En este caso, el Tribunal no admitió la demanda considerando que ningún elemento permitía afirmar que las autoridades hubieran podido saber o debieran saber que el detenido — autorizado de salir afuera por un periodo determinado — matar a la hija de la demandante.

¹³⁶ STEDH, *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, §88.

¹³⁷ STEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001, §§60-61.

¹³⁸ TPIY, *Procureur c. Furundzija*, 10 décembre 1998, asunto n° TI-95-17/1-T. ; (1999) 38, *International Legal Materials (ILM)*, 317.

ámbito de aplicación del artículo 3 CEDH; así, lo que se podía calificar antes de trato inhumano o degradante, tiene hoy el *status* de tortura, sobre todo cuando los malos tratos provienen de las fuerzas policiales. Estos son injustificables en términos absolutos, por lo que no cabe hacer consideraciones de proporcionalidad ni ponderaciones con otros bienes jurídicos en juego. Fue el asunto *Selmouni* -muy mediatizado pues estaba involucrado un país considerado protector de las libertades fundamentales, *i.e.* Francia- el que puso de relieve el nuevo razonamiento del juez europeo. Éste consideró que no sólo el CEDH es “un instrumento vivo que tiene que ser interpretado a la luz de las condiciones actuales de la vida”, sino que “el nivel creciente de exigencia en materia de derechos humanos” “implica paralela y ineluctablemente una mayor firmeza” (*Selmouni*, §101)¹³⁹.

Así, como lo aclara Luis-María Díez-Picazo, “con los términos “tortura” y “tratos inhumanos o degradantes” no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de “nociones graduables” dentro de una misma escala. La conducta contemplada consiste, en todo caso, en infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). Así, desde esta perspectiva gradualista, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes¹⁴⁰”.

En lo que concierne la prohibición acogida en el artículo 3 CEDH, es interesante poner de relieve los casos más particulares tanto de las “personas privadas de libertad”, -sobre todo los detenidos y también las que se encuentran en las dependencias policiales-, como de los extranjeros; dos categorías de personas para las que el CEDH, al principio, no había previsto ninguna protección específica (1). De hecho, las obligaciones clásicas, de tipo sustancial, han sido elaboradas de manera pretoriana, para que las lagunas originarias del CEDH fuesen colmadas. Las de tipo procedimental han sido descubiertas después de manera bastante natural, para que el sistema europeo sea caracterizado por una importante homogeneidad sea cual sea el derecho protegido (2).

1. La protección indirecta de los detenidos y de los extranjeros

25. Lo que sí hay que subrayar de inmediato es que el CEDH, a diferencia del PIDCP (artículo 10§1) y de la CADH (artículo 5§2 *in fine*¹⁴¹) -los cuales consideran que el **detenido**

¹³⁹ STEDH, *Selmouni c. Francia*, de 28 de julio de 1999, §101: El Tribunal ya tuvo ocasión de resolver otros asuntos en los que se pronunció por la existencia de tratos que sólo se podían calificar de tortura (Sentencias Aksoy, pg. 2279, ap. 64, Aydin pg. 1892-1893, aps. 83-84 y 86, previamente citadas). Sin embargo, **teniendo en cuenta que el Convenio es un «instrumento vivo para interpretar a la luz de las condiciones de vida actuales»** (ver, en particular, Sentencias Tyrer contra Reino Unido de 25 abril 1978, serie A núm. 26, pg. 15 ap. 31, Soering previamente citada pg. 40, ap. 102, Loizou contra Turquía de 23 marzo 1995, serie A núm. 310, pg. 26, ap. 71), estima que determinados actos antes calificados de «tratos inhumanos y degradantes» y no de «tortura», podrían recibir una calificación distinta en un futuro. **El Tribunal considera que el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales implica paralelamente e inevitablemente, una mayor firmeza en la apreciación de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas** (Lo subrayado es mío).

¹⁴⁰ L-M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, *op.cit.*, 2º ed., 2005., pp.229.

¹⁴¹ Artículo 5§2 CADH: «Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Hay que poner en relación ésta disposición con los párrafos 4 y 5 que pormenorizan aún más las condiciones de detención. Artículo 5§4 CADH: “Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”; Artículo 5§5 CADH: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.” v. L. BURGORGUE-LARSEN, «La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l’homme», *La prohibition de la torture : l’article 3 de la CEDH*, C-A. CHASSIN (dir.), Bruxelles, Bruylant (à paraître).

tiene que ser tratado con humanidad y con el respeto de la “dignidad inherente al ser humano”- no preve el derecho del detenido a obtener condiciones determinadas de detención. Sin embargo y afortunadamente, la antigua Comisión europea de los derechos humanos afirmó que los detenidos podían prevalecerse de la protección convencional¹⁴², utilizando el llamado mecanismo de la “protección por carambola” (*protection par ricochet*) y que las condiciones de detención podían caer debajo del artículo 3¹⁴³. Después, fue el propio Tribunal el que declaró que “la justicia no podía pararse en la puerta de la cárcel”¹⁴⁴. En el importante caso *Kudla*, el TEDH decidió ir mucho más allá de dicha “protección por carambola” al consagrar un nuevo derecho, el derecho de todo prisionero a ser “detenido en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana”¹⁴⁵. Así, en el año 2000 la evolución jurisprudencial europea pudo ponerse al mismo nivel del texto y de la jurisprudencia americanas sobre la materia.

26. En este mismo orden de consideraciones, la protección ofrecida originariamente a los **extranjeros** por el CEDH sufre una doble laguna si la comparamos con instrumentos internacionales de mismo tipo. Por una parte, el **derecho de asilo** es pura y sencillamente ignorado por el sistema europeo de garantía, así como por el PIDCP. A este respecto, la CADH es mucho más progresista -como la Carta africana de los derechos y deberes del Hombre (artículo 12§3)- ya que el instrumento interamericano protege tanto el derecho de toda persona “de buscar y recibir asilo en territorio extranjero” (artículo 22.7 CADH)¹⁴⁶, como el derecho del extranjero de no “ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo” (artículo 22.8 CADH)¹⁴⁷. Por otra parte, el CEDH no contiene ni una cláusula sobre las **expulsiones**, a diferencia del PIDCP (artículo 13), de la Carta africana (artículo 12§4) y de la CADH (artículo 22§6)¹⁴⁸.

Este vacío normativo inicial fue colmado pero de manera incompleta, es decir, sólo en materia de expulsiones y gracias a dos protocolos adicionales cuyas consecuencias prácticas fueron además bastante limitadas. Primero, hay que mencionar el protocolo n° 4 y su artículo 4 que prohíbe “las expulsiones colectivas de extranjeros”. Este derecho beneficia a un grupo de personas y no a un individuo aunque una sola persona puede utilizar el recurso individual. De

¹⁴² CommEDH, *Ilse Koch*, de 8 de marzo de 1962, *Ann.5*, 127.

¹⁴³ CommEDH, *X. c. Suisse*, de 9 de mayo de 1997, *DR.11*, 216.

¹⁴⁴ STEDH, *Campbell y Fell c. Reino-Unido*, de 28 de junio de 1984, §69. Ver el estudio general de la juez belga en el TEDH: F. TULKENS, “Droits de l’homme et prison. Développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *La France et la Cour européenne des droits de l’homme* (jurisprudence de l’année 2001), *Cahiers du CREDHO*, n°8, 2002, pp.39-69.

¹⁴⁵ STEDH, *Kudla c. Polonia*, de 26 de octubre de 2000, §94: No obstante, el artículo 3 del Convenio impone que el Estado garantice que todo preso sea encarcelado en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, que las modalidades de ejecución de la medida no sometan al interesado a una angustia y una pena de una intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la prisión y que teniendo en cuenta las exigencias prácticas de la prisión, la salud y el bienestar del prisionero estén asegurados de forma adecuada, en concreto mediante la administración de los cuidados médicos requeridos (ver, «mutatis mutandis», Sentencia Aerts contra Bélgica de 30 julio 1998, Repertorio 1998-V, pg. 1966, ap. 64 y siguientes). *Vide* SUDRE F., «L’article 3 bis de la Convention européenne des droits de l’homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine», *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, Vol.2, pp.1449-1514.

¹⁴⁶ Artículo 22§7 CADH: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

¹⁴⁷ Artículo 22§8 CADH: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

¹⁴⁸ Artículo 22§6 CADH: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”.

momento, existe una sola decisión sobre el fondo -la decisión *Conka*¹⁴⁹- en la cual el TEDH definió la “expulsión colectiva”:

“(…) medida que obliga a extranjeros, como grupo, de abandonar un país, salvo en los casos en los que dicha medida es adoptada con posterioridad y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo¹⁵⁰”.

Segundo, es el artículo 1 del protocolo nº 7 el que ofrece al extranjero unas garantías procesales mínimas en caso de expulsión, salvo si existen unas razones relativas al “interés del orden público” o a la “seguridad nacional”. Las garantías están condicionadas a la “regularidad de la presencia del extranjero en el territorio del Estado parte¹⁵¹”.

Fue sobretodo la jurisprudencia la que permitió al sistema convencional europeo establecer un trato y una protección decentes para los extranjeros. La teoría de “la protección por carámbola” fue también utilizada aquí con cierto éxito para ampliar la protección de ciertos derechos garantizados por el CEDH a otros que no lo están. Así, un Estado parte, en el ejercicio de sus poderes en materia de policía de los extranjeros, no tiene que infringir los derechos garantizados a *toda* persona por el CEDH. En este orden de consideraciones, la decisión de alejar un extranjero no puede ser origen de la violación del derecho de no ser expulsado o devuelto a otro país (extraditado), pues no está como tal protegido por el CEDH, pero sí puede ser la causa de violación de otros derechos protegidos sometidos al control del TEDH. Esta protección *indirecta* se desarrolló sobre todo mediante los derechos a no sufrir tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes. Basta con una decisión de expulsión o de extradición para infringir un derecho protegido por el CEDH y, en consecuencia, para que el extranjero pueda invocar su violación y beneficiarse de la protección del TEDH.

27. Fue el famosísimo asunto *Soering*¹⁵² el que creó esta construcción pretoriana y equiparó el sistema europeo con el nivel internacional de protección contra la tortura recogida en el Convenio de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1984. Así, un Estado puede ser responsable de tratos inhumanos cuando adopta una decisión de alejamiento del territorio contra un extranjero que tiene como resultado exponerle a un riesgo real de tortura o de tratos inhumanos o degradantes en el país de destino. Esta política jurisprudencial se aplica sea cual sea la naturaleza de las decisiones policiales adoptadas, es decir una medida de extradición (*Soering*), de expulsión (*Cruz Varas*)¹⁵³ o de lo que se denomina en francés un “refoulement”/orden de alejamiento del territorio (*Vilvarajah*)¹⁵⁴.

28. Aquí, *el riesgo reside en la especificidad del sistema jurídico interno* del país de destino que autoriza y organiza por ejemplo la pena de muerte pues, lo hemos visto más arriba, la jurisprudencia *Soering* ha sido abandonada por el TEDH en el caso *Öcalan* considerando, sobre la base de una interpretación constructiva de los artículos 2 y 3 CEDH, que la pena de muerte como tal aparece hoy día como una sanción inaceptable prohibida por el artículo 2. Además, afirma el TEDH que la ejecución de dicha pena constituye un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 CEDH. Así, a diferencia del caso *Soering* en el cual era el sólo “síndrome del corredor de la muerte” el que se consideraba *per se* como un trato

¹⁴⁹ El TEDH había ya examinado esta cláusula; empero había rechazado el examen sobre el fondo v., STEDH, *Andric c. Suecia*, de 23 de febrero de 1999 (nº 45917/99, Section 1).

¹⁵⁰ STEDH, *Conka c. Belgica*, de 5 de febrero de 2000, §59. La traducción es mía. He aquí el texto original : “Toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où un telle mesure est prise à l’issue et sur la base d’un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe.”

¹⁵¹ STEDH, *Voulofovitch y otros c. Grecia*, de 13 de enero de 1993.

¹⁵² STEDH, *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, §85 (extradición hacia los Estados Unidos).

¹⁵³ STEDH, *Cruz-Varas c. Suecia*, de 20 de marzo de 1991 serie A 201 (expulsión hacia Chile).

¹⁵⁴ STEDH, *Vilvarajah c. Reino Unido*, de 30 de octubre de 1991, serie A 215 (“refoulement” hacia Sri Lanka).

inhumano y degradante, en el caso *Öcalan* es la pena de muerte en sí misma que lo es inhumano: toda extradición de una persona hacia un país en el cual puede ser condenada a la pena de muerte es una violación del artículo 3. Otros tipos de pena son totalmente incompatibles con el CEDH, por ejemplo, la lapidación. En el asunto *Jabari*¹⁵⁵, el juez europeo consideró que la expulsión de la víctima hacia Irán, país en el cual una mujer en virtud de la ley islámica puede ser sometida a apedreamiento por motivo de adulterio, es contrario al artículo 3.

El riesgo puede también residir en actos intencionales de las autoridades públicas del país de destino, como unas prácticas ordinarias de tortura por las fuerzas policiales de todo oponente al régimen¹⁵⁶ o por la situación de tensión interna que conoce el país y que provoca una inseguridad general debida a las desapariciones forzadas o las ejecuciones extra-judiciales.

Desde hace un par de años, el TEDH renovó el concepto de *riesgo* para ampliar la protección convencional. Primero, reconoció que *el riesgo podía venir de “personas o grupos que no pertenecen a la función pública”*. En el asunto *H.L.R. c. Francia*, el Tribunal tuvo en consideración que el demandante, al ser expulsado a Colombia, podía ser ejecutado por miembros del cartel de la droga¹⁵⁷. Aquí, es el incumplimiento de protección de la persona por las autoridades públicas contra malos tratos impuestos por terceras personas lo que produce el riesgo. De manera indirecta, es decir por carámbola, el artículo 3 CEDH tiene un efecto horizontal.

El riesgo de malos tratos resulta también de causas pura y sencillamente objetivas e independientes de la responsabilidad de las autoridades del país de destino. En el asunto *D. c. Reino Unido*¹⁵⁸, el juez europeo estimó que la expulsión de un individuo en fase terminal del Sida constituye un trato contrario al artículo 3 a partir del momento en que ninguna asistencia médica apropiada existe en su país de origen. De manera comprensible, el Tribunal limita tal hipótesis a la presencia de circunstancias excepcionales sobre la base de “consideraciones humanitarias imperativas”¹⁵⁹; cuando éstas no existen, la violación del artículo 3 no está reconocida como en el caso *Arcila Henao* en el cual un colombiano invocó sin éxito la violación del artículo 3 CEDH¹⁶⁰.

¹⁵⁵ STEDH, *Jabari c. Turquía*, de 11 de julio de 2000.

¹⁵⁶ SSTEDH, *Cruz-Varas c. Suecia*, de 20 de marzo de 1991; *Hilal c. Reino Unido*, de 6 de marzo de 2001.

¹⁵⁷ STEDH, *H.L.R. c. Francia*, de 29 de abril de 1997, §40. Ver también *Ahmed c. Austria*, de 16 de diciembre de 1996.

¹⁵⁸ STEDH, *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997, §§48-49 : “La Cour fait observer que le principe précité s'applique à l'expulsion du requérant en vertu de la loi de 1971 sur l'immigration. Qu'il soit ou non entré sur le territoire britannique au sens technique du terme (paragraphe 25 ci-dessus), le fait est qu'il s'y trouve physiquement, et relève donc de la juridiction de l'Etat défendeur, au sens de l'article 1 de la Convention (art. 1), depuis le 21 janvier 1993. Il appartient ainsi à l'Etat défendeur de garantir au requérant les droits énoncés à l'article 3 (art. 3) quelle que soit la gravité de l'infraction qu'il a commise.

49. Il est vrai que ce principe a jusqu'à présent été appliqué par la Cour dans des affaires où le risque que la personne soit soumise à l'un quelconque des traitements interdits découlait d'actes intentionnels des autorités publiques du pays de destination ou de ceux d'organismes indépendants de l'Etat contre lesquels les autorités n'étaient pas en mesure de lui offrir une protection appropriée (voir, par exemple, l'arrêt *Ahmed* précité, p. 2207, par. 44). Hormis ces cas de figure et compte tenu de l'importance fondamentale de l'article 3 (art. 3) dans le système de la Convention, *la Cour doit se réserver une souplesse suffisante pour traiter de l'application de cet article (art. 3) dans les autres situations susceptibles de se présenter. Il ne lui est donc pas interdit d'examiner le grief d'un requérant au titre de l'article 3 (art. 3) lorsque le risque que celui-ci subisse des traitements interdits dans le pays de destination provient de facteurs qui ne peuvent engager, directement ou non, la responsabilité des autorités publiques de ce pays ou qui, pris isolément, n'enfreignent pas par eux-mêmes les normes de cet article (art. 3)*. Restreindre ainsi le champ d'application de l'article 3 (art. 3) reviendrait à en atténuer le caractère absolu. Cependant, dans ce type de contexte, la Cour doit soumettre à un examen rigoureux toutes les circonstances de l'affaire, notamment la situation personnelle du requérant dans l'Etat qui expulse”. (Lo subrayado es mío).

¹⁵⁹ STEDH *Bensaid c. Reino Unido*, de 6 de febrero de 2001, §40.

¹⁶⁰ STEDH *Arcila Henao c. Paises Bajos*, de 24 de junio de 2003 : “In these circumstances the Court considers that, unlike the situation in the above-cited case of *D. v. the United Kingdom* or in the case of *B.B. v. France* (no. 39030/96, Commission's report of 9 March 1998, subsequently struck out by the Court by judgment of 7 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2595), it does not appear that the applicant's illness has attained an advanced or terminal stage, or that he has no prospect of medical care or family support in his country of origin. The fact that the applicant's circumstances in Colombia would be less favourable than those he enjoys in the Netherlands cannot be regarded as decisive from the point of view of Article 3 of the Convention”.

2. El juego de las obligaciones sustanciales y procedimentales.

29. A todas “las personas privadas de libertad”, que pueden ser tanto extranjeros -interrogados por la policía en sus oficinas¹⁶¹, como detenidos¹⁶² - se les tiene que preservar su **integridad física** según la interpretación de los artículos 1 y 3 CEDH¹⁶³. El TEDH estima que unas condiciones de detención objetivamente inaceptables -aula sin aire, calor insuportable, sobrepoblación, ausencia de cama, condiciones sanitarias indecentes- infringen la dignidad humana, provocando en las personas un sentimiento de desesperanza y de inferioridad que le rebajan, le humillan cuando no ponen fin a toda resistencia. En presencia de tales condiciones miserables de detención, el TEDH constata una violación de la interdicción de todo “trato degradante”¹⁶⁴, apoyándose muy a menudo, aunque no siempre (sólo cuando existen), en las declaraciones del Comité Preventivo contra la Tortura (CPT) puesto en funcionamiento en virtud del Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987¹⁶⁵.

30. Las autoridades de los reclusos tienen también la obligación de proteger la **salud** de los detenidos, protección que se desarrolla en tres ámbitos.

1. Cuando la salud de una persona lo exige, hay que administrarle asistencia médica adecuada. Aquí, la jurisprudencia se caracteriza por un giro -uno más se podría añadir. Se abandona la cómoda presunción de conformidad con el artículo 3 de los tratos médicos dados a los detenidos, más específicamente a los aislados, inaugurada con la sentencia *Herczegvalfy*¹⁶⁶. Con la sentencia *Keenan*, un trato dado a un enfermo mental puede ser incompatible con las normas impuestas por el artículo 3¹⁶⁷. En el presente caso, un detenido se suicidó después de haberse trasladado a una aula de aislamiento como consecuencia de una sanción disciplinaria. El Tribunal puso en evidencia “las graves lagunas” respecto a la toma en consideración de sus tendencias suicidas (§116)¹⁶⁸.

2. Cuando un detenido es demasiado mayor o/y cuando no puede soportar desde el punto de vista médico su detención -sufriendo una enfermedad muy grave que requiere una asistencia médica importante- tiene que obtener su puesta en libertad; en caso contrario, podría declararse violación del artículo 3. La dialéctica “enfermedad y pena privativa de libertad”

¹⁶¹ SSTEDH *Selmouni c. Francia, prec. ; Aktas c. Turquía*, de 24 de abril de 2003.

¹⁶² SSTEDH *Tekin c. Turquía*, 9 de junio de 1998, §§52-532; *Assenov y otros c. Bulgaria*, de 28 octubre de 1998, *Rec.* 1998-VIII, p. 3288, §93; *Labita c. Italia*, 6 de abril de 2000, §119; *Indelicato c. Italia*, de 18 de octubre de 2001, §30.

¹⁶³ Otra cosa es la obligación negativa que consiste en evitar que *las modalidades prácticas de ejecución* de la pena constituyan un trato degradante o inhumano. En primer lugar, el detenido no tiene que sufrir tratos cuya finalidad es rebajarle o humillarle. Así, una búsqueda integral (*fouille intégrale*) tiene que ser ejecutada de manera adecuada con el respeto de la persona: STEDH *Valasinas c. Lituania*, de 24 de julio de 2001. En segundo lugar, el aislamiento absoluto (a la vez sensorial y social) está prohibido por el artículo 3 CEDH pues “puede destruir la personalidad y constituir” una forma de trato inhumano: SSTEDH *Lorsé c. Países Bajos*, de 4 de febrero de 2003; *Van der Ven c. Países Bajos*, §63.

¹⁶⁴ SSTEDH, *Dougoz c. Grecia*, de 6 de marzo de 2001, §46; *Kalashnikov c. Rusia*, de 15 de julio de 2002, §§96-103.

¹⁶⁵ Dicho Convenio entró en vigor el 1º de febrero de 1989.

¹⁶⁶ SSTEDH, *Herczegvalfy c. Austria*, de 24 de septiembre de 1992, serie A 244, §82; *Aerts c. Belgique* de 30 julio de 1998, Repertorio 1998-V, p. 1966, § 66.

¹⁶⁷ STEDH, *Keenan c. Reino Unido*, de 3 de abril de 2001, §§112 a 116.

¹⁶⁸ STEDH *Keenan, prec.*, §116 : “*Le fait que l'état de Mark Keenan n'ait pas été surveillé de manière effective et que son état ait été apprécié et son traitement défini sans que soient consultés des spécialistes en psychiatrie est constitutif de graves lacunes dans les soins médicaux prodigués à un malade mental dont on connaissait les tendances suicidaires. Dans ces conditions, le fait d'infliger tardivement une sanction disciplinaire lourde – sept jours d'isolement dans le quartier disciplinaire et vingt-huit jours de détention supplémentaires – deux semaines après les faits et seulement neuf jours avant la date prévue pour sa sortie, ce qui était susceptible d'ébranler sa résistance physique et morale, n'est pas compatible avec le niveau de traitement exigé à l'égard d'un malade mental. Cette sanction doit donc passer pour constituer un traitement et une peine inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention* ». Pasa lo mismo con las personas que están adictas a drogas, v. STEDH, *McGlinchey y otros c. Reino Unido*, 29 de abril de 2003.

tuvo su punto álgido en el ámbito europeo con el caso *Papon*, antiguo jefe francés que colaboró durante la segunda guerra mundial con los nazis y que fue encarcelado después de un proceso largo declarándose culpable. En este caso, no se tuvo en cuenta que la salud del señor Papon pudiera ponerse en peligro con la encarcelación, aunque sí se estableció una nueva doctrina¹⁶⁹. Fue en el caso *Mouisel* en el cual se condenó Francia al constatar que la víctima había sufrido tratos inhumanos y degradantes por estar encadenado mientras se le asitía médicamente contra el cáncer¹⁷⁰.

3. La última consecuencia de la obligación de asegurar “la salud y el bien estar” del detenido implica que cuando se trata de una persona minusválida, la institución penitenciaria tiene que adaptar las condiciones de detención a sus necesidades específicas¹⁷¹.

31. El movimiento de procedimentalización no dejó a un lado al artículo 3 ni la prohibición absoluta que consagra. De manera lógica y coherente, el TEDH consideró que la combinación de los artículos 3 y 1 CEDH origina a los Estados una obligación procedimental. En el caso *Assenov*, presenta la obligación de poner en marcha una “investigación oficial efectiva” cuando una persona afirma de “manera defendible haber sufrido, en manos de la policía, graves e ilícitos malos tratos”. Al no ser así, se dejaría la puerta abierta a la “casi-impunidad de los agentes del Estado”¹⁷². Así la víctima -sea en las dependencias policiales¹⁷³, sea en cárcel¹⁷⁴- puede prevalecerse de una la obligación procedimental. Existe, sin embargo, una diferencia con la procedimentalización del artículo 2 CEDH. De hecho, el Tribunal en el

¹⁶⁹ STEDH *Papon c. Francia*, de 7 de junio de 2001.

¹⁷⁰ STEDH *Mouisel c. Francia*, de 14 noviembre de 2002, §38: El Convenio no contiene ninguna disposición específica relativa a la situación de las personas privadas de libertad, «a fortiori» enfermas, pero no se excluye que la reclusión de una persona enferma pueda plantear problemas desde el punto de vista del artículo 3 del Convenio (Chartier contra Italia, informe de la Comisión de 8 de diciembre de 1982, D. R. 33, pgs. 41-47, DeVarga-Hirsch contra Francia, núm. 9559/1981, decisión de la Comisión de 9 de mayo de 1983, D. R. 33, pg. 158, B. contra República federal de Alemania, núm. 13047/1987, decisión de 10 de marzo de 1988, D. R. 55, pg. 271). Acerca de un interno que padecía una afección vinculada a una obesidad de carácter hereditario, la Comisión europea no concluyó con la violación del artículo 3 del Convenio ya que el demandante gozaba de los cuidados adecuados a su estado de salud. Sin embargo, consideró que la reclusión, como tal, afectaba inevitablemente a los detenidos que padecían afecciones graves. Señalaba que «no podía excluir que en condiciones de cierta gravedad nos hallemos ante situaciones en las que una buena administración de la justicia penal exija que se adopten medidas de naturaleza humanitaria para evitarlas» y concluía que sería «sensible a cualquier medida que las autoridades italianas pudieran adoptar respecto al demandante, tanto para atenuar los efectos de la encarcelamiento como para poner fin a ella cuando lo requirieran las circunstancias» (Informe Chartier, previamente citado, pgs. 48-49). En cuanto al Tribunal, recientemente ha recordado que el mantenimiento de la reclusión de una persona de edad avanzada, y además enferma, por un período prolongado, puede entrar en el campo de aplicación del artículo 3 aunque, en esta decisión, concluyó que la queja basada en dicha disposición estaba en ese caso mal fundamentada (ver *Papon* contra Francia anteriormente citada). El estado de salud, la edad y una grave minusvalía física constituyen desde ahora situaciones en las que actualmente se plantea la capacidad de encarcelamiento respecto al artículo 3 del Convenio en Francia y en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa (apartados 26, 27, 29 y 30 supra).

¹⁷¹ STEDH *Price c. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001, §30: “No hay pruebas en este caso de una intención de humillar o envilecer a la demandante. Sin embargo, el Tribunal considera que detener a una persona seriamente discapacitada en condiciones en las que siente frío peligrosamente, corre el riesgo de desarrollar llagas porque la cama es demasiado dura o inalcanzable, y es incapaz de ir al baño o mantenerse limpia sin las mayores dificultades, constituye un trato degradante contrario al artículo 3. Por lo tanto, hubo violación de esta disposición en este caso”.

¹⁷² STEDH *Assenov y otros c. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998, §102: “El Tribunal considera que, en estas condiciones, cuando una persona afirma de manera defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios comparables del Estado, graves sevicias ilícitas y contrarias al artículo 3, esta disposición en combinación con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 del Convenio de “reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos (...) [del] Convenio”, requiere, por implicación, que exista una investigación oficial efectiva. Esta investigación, a semejanza de la que resulta del artículo 2, debe poder llevar a la identificación y al castigo de los responsables (véase, en cuanto al artículo 2 del Convenio, las sentencias McCann y otros contra el Reino Unido de 27 de septiembre de 1995, serie A núm. 324, pg. 49, ap. 161; Kaya contra Turquía de 19 de febrero de 1998, Repertorio 1998-I, pg. 324, ap. 86 y Yaka contra Turquía de 2 de septiembre de 1998, Repertorio 1998-VI, pg. 2438, ap. 98). Si no fuera así, a pesar de su importancia fundamental (apartado 93 supra), la prohibición legal general de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes sería ineficaz en la práctica (ibidem), y les sería posible en ciertos casos a agentes del Estado pisotear, casi impunemente, los derechos de los que están sometidos a su control”.

¹⁷³ SSTEEDH *Assenov, prec.*, §102; *Selmouni, prec.*, §79.

¹⁷⁴ SSTEEDH *Labita c. Italia.*, de 6 de abril de 2000; *Indelicato c. Italia*, de 18 de octubre de 2001; *Pantea c. Rumania*, de 3 de junio de 2003, §199; *Poltoratskiy c. Ukraine*, de 29 de abril de 2003, §146.

importante asunto *Ilhan* estableció una distinción entre el derecho a la vida (art.2) y la prohibición de la tortura (art.3). Considera que el artículo 13 -el derecho a un recurso efectivo- incluye la obligación de investigar de manera efectiva¹⁷⁵.

31. Consideraciones finales

Las mejores aportaciones de la jurisdicción europea en materia de Derecho penal nos permiten afirmar de manera rotunda que una jurisdicción de protección de los derechos humanos no se puede equipar con cualquier otra jurisdicción internacional. Su meta, su función existencial, es proteger a los seres humanos y, en este contexto, el principio que rige su actuación es el principio *pro homine* el cual, según las propias palabras del presidente Sergio García Ramírez y del profesor Mauricio Iván del Toro Huerta “alienta como criterio rector la más amplia protección al ser humano¹⁷⁶”.

Las técnicas de interpretación del TEDH desarrolladas con el fin de dar nacimiento a un *ius commune* en materia de Derechos Humanos en el continente europeo están hechas no sólo para ampliar las garantías del CEDH (teoría de las “nociones autónomas” que se aplica también a ciertas “materias” como la penal por la protección por carambola), sino también para fortalecer el ejercicio concreto de la tutela en materia de derechos humanos (teoría de las obligaciones positivas, fenómeno de procedimentalización).

En este contexto, sí es verdad que el derecho penal y los principios básicos que lo rigen sufren una cierta dosis de metamorfosis. El movimiento de “autonomización” tiene como consecuencia mitigar la especificidad de las nociones de derecho penal, hasta el punto de afectar al carácter concreto de los principios claves como el de legalidad penal. En el mismo orden de ideas, la voluntad de proteger de manera eficaz los derechos sustantivos desemboca en construcciones jurisprudenciales novedosas (como la “presunción de muerte” en el caso de desapariciones forzadas) y lejanas de la ortodoxia penal, pero que permiten al mismo tiempo incrementar el nivel de las obligaciones del Estado respecto a las personas que se encuentran bajo de su jurisdicción.

¹⁷⁵ STEDH *Ilhan c. Turquía*, de 27 de junio de 2000, §§91-92: “Des obligations procédurales ont, dans divers contextes, été dégagées de la Convention lorsque cela a été perçu comme nécessaire pour garantir que les droits consacrés par cet instrument ne soient pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs. Ainsi, l'obligation de mener une enquête effective au sujet d'un décès causé, notamment, par les forces de sécurité de l'Etat a pour ce motif été dégagée de l'article 2, qui garantit le droit à la vie (arrêt McCann et autres précité, pp. 47-49, §§ 157-164). Il convient toutefois de faire observer que cette disposition comporte une exigence aux termes de laquelle le droit à la vie doit être « protégé par la loi ». Elle peut également concerner des situations où l'initiative doit incomber à l'Etat, pour la raison pratique que la victime est décédée et qu'il est possible que seuls des agents de l'Etat connaissent les circonstances dans lesquelles le décès est survenu.

92. L'article 3, en revanche, est libellé en termes normatifs. De surcroît, bien que la personne se disant victime d'une violation de cette disposition puisse se trouver dans une situation vulnérable, les exigences pratiques de la situation différeront souvent de celles des cas d'usage de la force meurtrière ou de décès suspect. La Cour considère que l'exigence découlant de l'article 13 de la Convention et en vertu de laquelle toute personne ayant un grief défendable de violation de l'article 3 doit disposer d'un recours effectif fournit généralement au requérant un redressement et les garanties procédurales nécessaires contre les abus pouvant être commis par des agents de l'Etat. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la notion de recours effectif dans ce contexte inclut l'obligation de mener une enquête approfondie et effective propre à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête (arrêt Aksoy précité, p. 2287, § 98). Dès lors, la question de savoir s'il est approprié ou nécessaire, dans une affaire donnée, de constater une violation procédurale de l'article 3 dépendra des circonstances particulières de l'espèce.».

¹⁷⁶ S. GARCÍA RAMÍREZ, M.I. del TORO HUERTA, « México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2001, p.25.

ANEXO

Extractos de las disposiciones del CEDH y de la CADH

<p style="text-align: center;">CEDH Estrasburgo Francia</p> <p style="text-align: center;">Firma, 4 de noviembre de 1950 Ratificación, 3 septiembre de 1953</p>	<p style="text-align: center;">CADH San-José Costa-Rica</p> <p style="text-align: center;">Firma, 22 de noviembre de 1969 Ratificación, 18 de julio de 1978</p>
<p>Artículo 2. Derecho a la vida</p> <p>1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.</p>	<p>Artículo 4. Derecho a la vida</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.</p> <p>2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.</p> <p>3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.</p> <p>4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.</p> <p>5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.</p> <p>6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los</p>

	casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.	
<p>Artículo 3. Prohibición de la tortura</p> <p>Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.</p>	<p>Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal .../...</p> <p>2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.</p>	
<p>Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley;</p> <p>a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.</p> <p>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.</p> <p>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 se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.</p> <p>d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.</p> <p>e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.</p> <p>f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.</p> <p>2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.</p> <p>3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por</p>	<p>Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.</p> <p>2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.</p> <p>3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.</p> <p>4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.</p> <p>5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.</p> <p>6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.</p> <p>7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.</p>	

<p>la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.</p> <p>4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.</p> <p>5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.</p>	
<p>Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.</p> <p>2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.</p> <p>3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:</p> <p>a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;</p> <p>b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;</p> <p>c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;</p> <p>d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;</p>	<p>Artículo 8. Garantías Judiciales</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.</p> <p>2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:</p> <p>a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;</p> <p>b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;</p> <p>c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;</p> <p>d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;</p> <p>e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;</p> <p>f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;</p> <p>g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y</p> <p>h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.</p> <p>3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.</p>

	<p>4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.</p> <p>5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.</p>
<p style="text-align: center;">Protocolo n° 6 al CEDH Firma, 28 de abril de 1983 Entrada en vigor, 1° de marzo de 1985</p> <p>Artículo 1. Abolición de la pena de muerte. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.</p> <p>Artículo 2. Pena de muerte en tiempo de guerra. Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra ; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación de que se trate.</p> <p>Artículo 3. Prohibición de derogaciones. No se autorizará excepción alguna a las disposiciones del presente Protócolo invocando el artículo 15 del Convenio.</p>	<p style="text-align: center;">Protocolo n°1 a la CADH Firma, 8 de junio de 1990 Entrada en vigor, 28 de agosto de 1991</p> <p>Artículo 1 Los Estados Partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción.</p> <p>Artículo 2 1. No se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo. No obstante, en el momento de la ratificación o adhesión, los Estados Partes en este instrumento podrán declarar que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar. 2. El Estado Parte que formule esa reserva deberá comunicar al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, en el momento de la ratificación o la adhesión las disposiciones pertinentes de su legislación nacional aplicables en tiempo de guerra a la que se refiere el párrafo anterior. 3. Dicho Estado Parte notificará al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos de todo comienzo o fin de un estado de guerra aplicable a su territorio.</p>

<p style="text-align: center;">Protocolo n° 13 al CEDH Firma, 3 de mayo de 2002 Entrada en vigor, 1° de julio de 2003</p> <p>Artículo 1. Abolición de la pena de muerte Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.</p> <p>Artículo 2. Prohibición de derogaciones Ninguna derogación está autorizada a las disposiciones del presente protocolo en virtud del artículo 15 del Convenio.</p>	
--	--