

LA CORTE EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL

Laurence BURGORGUE-LARSEN

SUMARIO:

I. LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA “AUTONOMIZACIÓN” DE LAS NOCIONES. A. El ensanchamiento de la aplicabilidad de las garantías. 1. Autonomía de las nociones penales. 2. Autonomía de la “materia penal”. B. El debilitamiento de los principios clásicos del derecho penal. 1. La legalidad penal. 2. El principio *non bis in idem*. II. LOS DERECHOS SUSTANTIVOS Y EL FENÓMENO DE “PROCEDIMENTALIZACIÓN”. A. La protección del derecho a la vida. 1. Las obligaciones positivas clásicas: las de tipo sustancial. 2. Las obligaciones positivas novadoras: las de tipo procedimental. B. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos degradantes. 1. La protección indirecta de los detenidos y de los extranjeros. 2. El juego de las obligaciones sustanciales y procedimentales

1. En primer término, es necesario identificar de manera precisa el objeto del estudio. ¿De qué se trata aquí cuando se habla de “Derecho penal”? Para tener una visión lo más conforme a la realidad jurisdiccional europea, es necesario adoptar en forma amplia el término “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 del análisis, uno puede rápidamente darse cuenta de que el “derecho penal” puede ser comprendido por la Corte europea de los Derechos Humanos (Corte EDH) de distintas maneras, o mejor dicho, merced a varias disposiciones del Convenio europeo de los Derechos Humanos (CEDH).

Al leer tanto el texto original, firmado el 4 de noviembre de 1950, como los protocolos adicionales, se nota que varias disposiciones tocan con unos de los principios “cardinales” del derecho y del proceso penal. En el Convenio, se tratan los artículos 5 (derecho a la libertad y a la seguridad)¹, 6§2 (presunción de inocencia) y §3 (derechos de la defensa), y 7 (No hay pena sin ley,

1. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se trata del artículo 7 (Derecho a la libertad persona l). Ver el anexo.

nullum crimen nulla poena sine lege)². En los instrumentos firmados y ratificados de manera ulterior por los Estados partes al Convenio europeo, hay que mencionar el Protocolo n°4 con sus artículos 3 (prohibición de la expulsión de los nacionales) y 4 (prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros)³; el Protocolo n°6 con sus artículos 1 (abolición de la pena de muerte) y 2 (pena de muerte y tiempo de guerra)⁴; el importantísimo protocolo n°7 con sus artículos 1 (garantías procesales en el caso de expulsiones de extranjeros), 2 (derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal), 3 (derecho de indemnización en caso de error judicial), 4 (derecho a no ser juzgado dos veces, *non bis in idem*)⁵; por fin, el Protocolo n°13 el cual prohíbe la pena de muerte “en todas circunstancias”, es decir aún en tiempo de guerra (interpretación de los artículos 1 y 2)⁶.

Hay que subrayar aquí que el juez europeo no vaciló en consagrar de manera pretoriana ciertos derechos conectados de manera íntima con los consagrados por el texto mismo del Convenio y presentados arriba. Fue la sentencia *Gragnic c. Francia* del 27 de septiembre de 1995⁷ la que afirmó el principio de la retroactividad de la ley penal más leve (*in mitius*). El artículo 7 no menciona nada al respecto, contrariamente del artículo 9 de la Convención americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁸ y del artículo 15 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ambos más explícitos.

Al lado de estas disposiciones, las cuales chocan de manera clara con el derecho penal, existe una disposición-eje del Convenio europeo que tiene que ver con unas garantías procesales aplicables de manera general a “toda persona”. Se trata del primer párrafo del artículo 6, cuyos lazos con la materia penal son bastante claves. Redactado de manera casi idéntica al artículo 9 de la CADH, su aplicabilidad está condicionada por la existencia de “derechos de carácter civil” o de una “acusación en materia penal”. Aquí se encuentra un lazo estrecho con el ámbito penal.

2. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se trata del artículo 9 (Principio de legalidad y retroactividad). Ver el anexo.

3. Protocolo firmado el 16 de septiembre de 1963 y entrado en vigor el 2 de mayo de 1968.

4. Protocolo firmado el 28 de abril de 1983 y entrado 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. Ver el anexo.

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

8. En pos del texto de la CADH, hay que conocer la jurisprudencia 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.

Por último, no se puede finalizar esta exposición sin presentar los derechos sustantivos, que poseen puntos de contactos evidentes con el derecho y el proceso penal. 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. Se puede fácilmente imaginar que después de más de 45 años de funcionamiento¹⁰, la Corte de Estrasburgo generó una numerosa jurisprudencia en estos asuntos. Aunque existen disposiciones que desarrollan más jurisprudencia que otras¹¹, el acervo jurisprudencial es sumamente extenso. En 2002,

9. Parece evidente que todos los derechos sustantivos tienen puntos de contacto –más o menos fuertes– con el derecho penal y que, cómo tal, pueden sufrir unas violaciones sobre todo en el curso de una investigación penal preliminar y claro durante el proceso penal. En los límites de esta comunicación, hemos decidido de manera arbitraria de evocar 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. No se puede aquí –en los límites de esta nota infrapaginal– presentarla de manera exhaustiva. No obstante, lo contrario es posible en los asuntos que conciernen otras disposiciones, menos utilizadas por los demandantes en su estrategia judicial.

En lo que concierne el principio de legalidad, es únicamente en 1993 en el asunto *Kokkinakis c. Grecia* que hizo su aparición en el contexto jurisdiccional europeo. Al 31 de diciembre de 2004, existen veinte y dos casos relativos al artículo 7 CEDH: CorteEDH, *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; *Gabbari 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 lo que concierne el principio de *non bis in idem* del artículo 4 del Protocolo 7, la jurisprudencia tampoco es abundante ya que empezó únicamente en el año 1995: CorteEDH, *Gradinger c. Austria*, 23 de octubre de 1995, serie A 328 C; CorteEDH, *Oliveira c. Suiza*, 30 de julio de 1998, *Rec.*, 1998-V; CorteEDH, *Franz Fischer c. Austria*, 29 de mayo de 2001; CorteEDH, *Göktan c. Francia*, 2 de julio de 2002.

En lo que concierne el artículo 4 del Protocolo 4 que afirma la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, fue juzgado por primera vez en el año 2001, en la sentencia *Conka c. Bélgica* del 13 de marzo de 2001 que afirmó la responsabilidad del Estado belga por haber infringido esta disposición. Pasó lo mismo con el artículo 2 del Protocolo 7 que garantiza el doble grado de jurisdicción en materia penal: la primera sentencia de la CorteEDH en la materia es del 13 de febrero de 2001 en el caso *Krombach c. Francia*.

la Corte EDH pronunció 844 decisiones; ligeramente menos que en el año 2001, en el cual se había observado la mayor actividad contenciosa de la Corte de Estrasburgo, con 889 decisiones. En 2003 y 2004, fueron respectivamente 703 y 718 las sentencias pronunciadas¹². Sea cual sea, la “nueva Corte” –como se denomina en Europa y que se inició con la entrada en vigor del Protocolo n°11, el cual reestructuró enteramente el sistema de garantía– conoce un verdadero “contencioso de masa”¹³. Esta situación de sobrecarga obliga a los órganos del Consejo de Europa a trabajar intensamente en la búsqueda de soluciones eficientes que permitan juzgar de manera efectiva y rápida los numerosos casos presentados¹⁴. Las soluciones intermedias como las modificaciones relativas al trato de los requerimientos (requêtes) o ciertos ajustes del Reglamento interior, ya no son suficientes.

Así, el objeto de esta comunicación podría fácilmente ser el objeto de una monografía, dada la la extensa jurisprudencia que hay al respecto. No se puede hacer otra cosa que renunciar a la profundización de la jurisprudencia de la Corte EDH y al análisis de su impacto concreto en cada país del Consejo de Europa. Lo único e importante que se puede subrayar aquí concierne la autoridad de las sentencias de la CorteEDH. Si, *de jure*, según el artículo 46

12. Las estadísticas son las suministradas por los servicios mismos de la Corte que se puede encontrar en el sitio web de ésta en la rúbrica “Notes d’information de la jurisprudence” (<http://www.echr.coe.int/Fr/>).

13. Este contencioso padece de la presencia de casos sobre el plazo razonable que representan 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*, n° 38 (2003), 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*, vol. 15 (2003), 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”, en G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS (dir.), *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)*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 55-78. Para leer los documentos oficiales, uno puede ir en la página web del Consejo de Europa: http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'homme/CEDHReforme.asp.

del Convenio EDH, su autoridad es “relativa”, es evidente que *de facto* sobrepasa cada caso concreto. No obstante, aquella fuerza 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 de velar por la correcta ejecución de las sentencias. A pesar de este sistema, varios Estados partes al CEDH han decidido otorgar *proprio motu*¹⁵ a las decisiones de la Corte EDH un efecto ejecutivo directo¹⁶. Así Alemania, Bulgaria, Francia¹⁷, Grecia, Noruega, Reino Unido, Suiza, Slovenia han adoptado leyes que prevén en materia penal un procedimiento específico de re-examen de una decisión penal definitiva después de una sentencia condenatoria de la Corte 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 de la Corte de Estrasburgo.

Habiendo aclarado estos puntos, lo que sí se puede hacer es, dentro del *mäelstrom* jurisprudencial, intentar identificar las grandes tendencias promovidas por la Corte de Estrasburgo, poner de relieve sus técnicas de interpretación y evaluar sus consecuencias en el ámbito penal¹⁸. En esta óptica, después

15. Hay que subrayar que la Corte EDH no puede por sí misma, ya que es fuera de su competencia, forzar un Estado parte a organizar un nuevo proceso interno después de una condena suya (v. Corte EDH, *Lyons c. Reino Unido*, 8 de junio de 2003, declaración de incompetencia).

16. Para tener una visión de derecho comparado entre los sistemas internos en Europa, se necesita leer 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. Es la ley del 15 de junio de 2000 la cual organizó tal procedimiento y que reformó el Código de procedimiento 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 (octubre 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. Tal procedimiento desemboca sobre problemas prácticos bastante importantes, ver 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.

18. Se hubiera podido elegir otra óptica; la que consiste a presentar las diferentes fases del proceso penal para dar cuenta de las evoluciones jurisprudenciales. Este enfoque, en pos ya de haber sido examinado –J. CALLEWAERT, “La Convention européenne des droits de l’homme et la matière pénale”, en F. TULKENS, H-D. BOSLY (dir.), *La Justice pénale et l’Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 135-175– hubiera sido, desde mi punto de vista, demasiado

de un análisis lo más pormenorizado posible, se percibe claramente que son dos los movimientos que se están volviendo más y más visibles hoy día en el ámbito de la protección convencional europea. Primero, la interpretación de las *garantías procesales* está influenciada por el fenómeno de la “autonomización” de las nociones. Segundo, 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 “naciones autónomas” puede analizarse como un método de formación de un derecho común cuya función es de paliar la falta de precisión de los términos convencionales y la ausencia de homogeneidad de los derechos nacionales. Aquella 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, la Corte EDH usa la técnica de las “naciones autónomas”, con el fin de asegurar la indispensable uniformidad interpretativa del CEDH.

Confrontada a nociones vagas o indeterminadas, las cuales además tienen un carácter diverso según los diferentes tipos de legislaciones nacionales,

do descriptivo y no hubiera permitido además abordar aspectos del derecho penal que no se encuentran en el sólo 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, a 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), pero 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/München, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 595-604. Dentro de los límites de éste análisis, decidí conservar un punto de vista “clásico” para que la demostración sea la más clara y pertinente posible.

la Corte EDH aparta estas nociones de su contexto jurídico nacional con el fin de otorgarles un “sentido europeo”. Es una manera para el 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, de promover la definición que le parece más compatible con el “objeto y el fin” del Convenio.

20. Corte EDH, *König c. Alemania*, 28 de junio de 1978. Parece bastante interesante dar una visión más precisa de la opinión separada 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 Ringelsen 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 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 sub-jacent aux termes en question, car il est légitime de supposer que –à défaut d’une définition lé-*

Esta interpretación constructiva ha sido utilizada en varios ámbitos, y por supuesto el ámbito penal no ha podido escapar a este desarrollo. El resultado inmediato es un ensanchamiento?= ampliación de la aplicabilidad de las garantías consagradas en el Convenio europeo (A). A veces, sin embargo, cabe preguntarse si este fenómeno no se desarrolla en perjuicio del nivel de protección concreto otorgado a los individuos, más peculiarmente 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 del más utilizado de los derechos (a saber el artículo 6§1 que consagra “el proceso equitativo”)– están interpretadas de manera autónoma por la Corte de Estrasburgo.

1. *Autonomía de la nociones penales*

4. Es importante subrayar que la técnica de las nociones autónomas trata escasamente las condiciones en que se ejercen las garantías, detallando más aquello que atañe a su aplicabilidad. La interpretación de las nociones de “pena” (*peine*) y de “ley” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) del artículo 7§1, como aquellas de **detención** y **acusación** (*détention, accusation*) del artículo 5§2 (derecho a la libertad y seguridad) demuestran 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 presentaron al juez de Estrasburgo era de saber si lo que el derecho penal francés llama la “*contrainte par corps*” –que per-

gale 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”. (El subrayado es mío).

mite cobrar una deuda merced a la amenaza de un encarcelamiento debajo de un régimen de prisión²¹— es una “**pena**” en el sentido del artículo 7§1 del Convenio. Una respuesta negativa permitiría al Gobierno sustraerse de las garantías de esta cláusula; al contrario, una respuesta positiva ofrecería al agraviado el goce de las garantías contenidas en ella. Para determinar la aplicabilidad del §1 del artículo 7, la Corte recurrió a la autonomización de la noción; afirmó en los párrafos 30 y 31 de su sentencia, recordando lo expuesto en la importante sentencia *Welch c. Royaume-Uni* del 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 tener la libertad 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 por 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, así como su gravedad²³.

21. Se trata de una supervivencia del encarcelamiento por deudas de los deudores insolventes ; 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. Al condenado que no quiere pagar sus deudas se le puede imponer un 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 puede aumentar hasta dos años en el caso de tráfico de drogas y cuando la multa es superior de 75.000 euros (artículo 706§31, al.2 CPP).

22. Ver un comentario de esta sentencia (y otros) en v. J.A.E.VERVAELE, “Las sanciones de confiscación: un intruso en el Derecho Penal?”, *Revista Penal*, Spanje (1998), pp. 67-80. El mismo análisis 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. CorteEDH, *Jamil c. Francia*, 8 de junio de 1995, serie A 320. La traducción es propia. 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

Así, después de explicar la necesidad de “ir más allá de las apariencias”, la Corte EDH presenta los criterios que le permiten autonomizar la noción de pena (§31). Comparándolos a los hechos del caso, concluyó en 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 a presentarla como una medida de ejecución forzada (de una condena pecuniaria). Esta línea jurisprudencial no sufre ningún cambio y sigue siendo prevalente²⁴, sea cual sea la disposición del Convenio²⁵, aunque la Corte Europea afirme además claramente que se trata de una “pena arcaica privativa de libertad”²⁶. Lo que sí hay que subrayar es lo siguiente: la autonomización de la noción de “pena” permite evitar todo tipo de “fraude al Convenio”²⁷, encontrándose los Estados en la imposibilidad de sustraerse, merced a las definiciones de sus propios derechos, a las obligaciones del Convenio, en este caso las del artículo 7²⁸.

El artículo 5 del CEDH consagra el derecho a la libertad y seguridad, que permite proteger la libertad física de toda persona ante detenciones arbitrarias o abusivas. En este contexto, el §1 del artículo 5 enumera –a diferen-

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”. (El subrayado es mío).

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

25. CorteEDH, *Göktan c. Francia*, 2 de febrero de 2002. En este asunto, era el artículo 4 del Protocolo 7 (principio non bis in idem) que se encontraba en el centro del problema jurídico, v. *Journal du droit international*, note O.B., 2003-2, pp. 531-533.

26. CorteEDH, *Göktan c. Francia*, prec. §51: “*La Cour ne peut qu’être réservée à l’égard du système même de la contrainte par corps qui est une mesure de privation de liberté archaïque qui joue au seul profit du Trésor Public*”. (El subrayado es mío). 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”, en M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner 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 claro las francesas. La Cámara criminal de la Corte de Casación tendría que adoptar tal interpretación y abandonar una jurisprudencia centenar (Cass., crim., 23 de diciembre de 1914) que analiza la “contrainte par corps” a una medida de ejecución. (*Recueil Dalloz*, 1917, I.87), v. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Editions Cujas, 2002, p. 663, note 1, pero hoy día la Cámara criminal de la jurisdicción suprema francesa resiste y no suscribe al punto de vista de la Corte EDH: Cass. Crim., 16 de mayo de 2000, *Recueil Dalloz*, 2000, IR, 163.

cia de la CADH, más general (v. artículo 7)– una nomenclatura de seis situaciones que autorizan una privación de libertad²⁹. En este contexto, los §§2,3,4 de esa disposición prevén una serie de garantías para que la persona privada de libertad pueda defenderse. El §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* del 21 de febrero de 1990, la CorteEDH consideró que, a pesar de su connotación penal, los términos de detención (*arrestation*) y acusación (*accusation*) tenían que recibir una interpretación autónoma conforme al objeto y el fin del artículo 5, es decir “proteger toda persona contra las privaciones arbitrarias de libertad”; de esta manera, la garantía del §2 del artículo 5 tiene que beneficiar tanto a personas privadas de libertad por detención como a personas privadas de libertad por internación (§§25 a 29)³⁰. En el asunto, se trataba de una internación forzada en un hospital psiquiátrico.

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

30. CorteEDH, *Van der Leer c. Belgique*, 21 de febrero de 1990, serie A 170: “25. D’après (la requérante) ce texte (5§2) lui donnait droit à être immédiatement informée de l’autorisation d’internement. Or elle n’en aurait eu connaissance que par hasard, à l’occasion de son placement en isolement. 26. Le Gouvernement concède qu’il eût fallu aviser promptement Mme Van der Leer, mais d’après lui cela découle du paragraphe 4 (art. 5-4). Le paragraphe 2 (art. 5-2), lui, ne s’appliquerait pas en l’espèce: les mots ‘arrestation’ et ‘accusation’ montreraient qu’il vaut uniquement pour les personnes tombant sous le coup d’une loi pénale; le confirmerait la présence, entre eux, de la conjonction ‘et’. 27. La Cour est consciente de la connotation pénale des termes utilisés à l’article 5 § 2 (art. 5-2). Avec la Commission, elle considère cependant qu’ils doivent recevoir une interprétation autonome, conforme en particulier à l’objet et au but de l’article 5 (art. 5): protéger toute personne contre les privations arbitraires de liberté. Aussi l’‘arrestation’ visée au paragraphe 2 de l’article 5 (art. 5-2) dépasse-t-elle le cadre des mesures à caractère pénal. De même, en parlant de ‘toute accusation’ (‘any charge’) le texte précité n’entend pas formuler une condition à son applicabilité, mais désigner une éventualité qu’il prend en compte. 28. Le lien étroit entre les paragraphes 2 et 4 de l’article 5 (art. 5-2, art. 5-4) corrobore cette interprétation: quiconque a le droit d’introduire un recours en vue d’une décision rapide sur la légalité de sa détention, ne peut s’en prévaloir efficacement si on ne lui révèle pas dans le plus court délai, et à un degré suffisant, les raisons pour lesquelles on l’a privé de sa liberté (voir, mutatis mutandis, l’arrêt X contre Royaume-Uni du 5 novembre 1981, série A n° 46, p. 28, § 66). Or le paragraphe 4 (art. 5-4) ne distingue pas entre les personnes privées de leur liberté par arrestation et celles qui le sont par détention. Il n’y a donc pas lieu d’exclure les secondes du bénéfice du paragraphe 2 (art. 5-2). 29. Ayant ainsi conclu à l’applicabilité de l’article 5 §2, la Cour doit en contrôler à présent le respect” (Lo subrayado es mío).

5. La autonomización de las nociones no funciona únicamente en lo que concierne la cuestión de la “aplicabilidad” de las disposiciones del Convenio. Funciona también a nivel del ejercicio de las garantías. La jurisprudencia europea relativa a la interpretación de las nociones de “**legalidad**” y de “**testigo**” lo demuestra sin duda alguna.

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 más claves del derecho penal moderno, consagrado en el artículo 7 del CEDH, tanto como en el artículo 5 del PIDCP y 9 de la CADH. La Corte de Estrasburgo, en la primera sentencia en la cual fue confrontada al principio de legalidad –CorteEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993– afirmó que éste exige que “una infracción tiene que ser claramente definida por la ley”³¹ (§52). La Corte 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 para las restricciones a los derechos. Una de aquellas 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 tocan respectivamente con 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 por fin, la libertad de reunión y asociación (art. 11). La sentencia *Kokkinakis* demuestra perfectamente este dato. La Corte, confrontada a una con-

31. CorteEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, §52: “*La Cour souligne que l’article 7§1 de la Convention ne se borne pas à prohiber l’application rétroactive du droit pénal au détriment de l’accusé. Il consacre aussi, de manière plus générale, 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, notamment par analogie; il en résulte qu’une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie 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*”. (Lo subrayado es mío).

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”. (el subrayado es mío). Los §2 de los artículos 9, 10 y 11 están redactados de manera similar.

dena penal por 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 sobre la cuestión específica de la legalidad en el sentido penal (§52). De un golpe, es toda la jurisprudencia “constructiva” de la Corte europea sobre la significación autónoma de la “ley” que se desarrolla en el ámbito penal. Según los asuntos muy famosos *Sunday Times c. Reino Unido*³³ y *Kruslin et Huvig c. Francia*³⁴, tanto la existencia de una base legal como la calidad de la ley (tiene que ser accesible y previsible) aparecen como 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 al §3, d) del artículo 6. Esta disposición presenta el derecho para “todo acusado” de “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”. En el asunto *Bönish c. Austria* del 6 de mayo de 1985 (A 92), la Corte decidió ampliar el examen de la presunta violación del artículo 6§3d., examinando el caso sobre la necesidad del debido proceso inscrito al §1 del artículo 6 CEDH (§29). Efectuada esta ampliación de la base legal, la Corte decidió no seguir de manera literal las denominaciones nacionales (§31). Al examinar el derecho austríaco y el papel de los llamados “peritos” (*experts*) en el proceso penal, se dió cuenta que, en función de su actuación en el procedimiento y de la mane-

33. CorteEDH, *Sunday Times c. Reino Unido* 26 de abril de 1979, §47: “La Cour constate que dans ‘prévue par la loi’ le mot ‘loi’ englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit. Elle n’attache donc pas ici d’importance au fait que le contempt of court est une création de la common law et non de la législation. On irait manifestement à l’encontre de l’intention des auteurs de la Convention si l’on disait qu’une restriction imposée en vertu de la common law n’est pas ‘prévue par la loi’ au seul motif qu’elle ne ressort d’aucun texte législatif: on priverait un Etat de common law, partie à la Convention, de la protection de l’article 10§2 et l’on frapperait à la base son système juridique” (Lo subrayado es mío).

34. CorteEDH, *Kruslin et Huvig c. Francia*, 24 de abril de 1990, §27: “Les mots ‘prévue par la loi’, au sens de l’article 8 § 2 veulent d’abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause: ils exigent l’accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit”.

35. CorteEDH, *S.W. c. Reino Unido*, 22 novembre 1995, §35: “La Cour a donc indiqué que la notion de ‘droit’ (‘law’) utilisée à l’article 7 correspond à celle de ‘loi’ qui figure dans d’autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit comme non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d’accessibilité et de prévisibilité (voir, comme exemple récent, l’arrêt Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni du 13 juillet 1995, série A n° 316-B, pp. 71-72, par. 37)” (Lo subrayado es mío).

ra con la cual cumplían su función, “las apariencias” acercaban más bien los peritos a “testigos a carga”. En consecuencia, el principio de igualdad entre los testimonios (a carga y a descarga) no había podido ser respetado. (§32) y fue 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”,

36. CorteEDH, *Bönisch c. Austria*, 6 de mayo de 1985, serie A 92, §§28-35: “I. *Sur la violation alléguée de l'article 6 par. 1 et 3 d) (art. 6-1, art. 6-3-d)* 28. La Commission fonde pour l'essentiel son raisonnement sur le paragraphe 3 d) de l'article 6 (art. 6-3-d). Lors des audiences du 21 janvier 1985, son délégué a pourtant suggéré à la Cour de se placer au besoin sur le terrain du paragraphe 1 (art. 6§1), estimant qu'il y a eu méconnaissance du droit à un procès équitable. Le Gouvernement combat cette conclusion. 29. *Pris à la lettre, l'alinéa d) du paragraphe 3 (art. 6-3-d) vise les témoins et non les experts. Au demeurant, la Cour rappelle que les garanties du paragraphe 3 constituent des aspects particuliers de la notion de procès équitable contenue dans le paragraphe 1 (art. 6-1)* (voir notamment les arrêts Artico du 13 mai 1980, série A n° 37, p. 15, par. 32, Goddi du 9 avril 1984, série A n° 76, p. 11, par. 28, et Colozza du 12 février 1985, série A n° 89, p. 14, par. 26). *Dans les circonstances de la cause, tout en ayant aussi à l'esprit lesdites garanties, dont celles du paragraphe 3 d) (art. 6-3-d), elle croit devoir examiner les griefs du requérant sous l'angle de la règle générale du paragraphe 1 (art. 6-1)* (voir, en dernier lieu, l'arrêt Colozza précité, *loc. cit.*). 30. Le Gouvernement souligne qu'en droit autrichien un 'expert' est un assistant neutre et impartial du tribunal, nommé par celui-ci, et que l'application de l'article 48 de la loi de 1975 n'y change rien. Le requérant, lui, refuse de voir dans le directeur de l'Institut un 'expert' au sens classique du terme; il souscrit à l'opinion de la Commission, qui avait assimilé pareil expert à un 'témoin à charge' (article 6 par. 3 d)) (art. 6-3-d). 31. Quant au droit interne, la Cour n'a pas à s'écarter de la définition que le Gouvernement a donnée de la notion d' 'expert'. Pour apprécier le rôle joué en l'espèce par le directeur de l'Institut, *elle ne saurait cependant se fonder uniquement sur la terminologie dont se sert la législation autrichienne; elle doit avoir égard à la place du directeur dans la procédure et à la façon dont il s'acquitta de sa tâche*. Or il avait rédigé les rapports de l'Institut et leur transmission au parquet avait déclenché les poursuites pénales contre M. Bönisch (paragraphe 10 et 15 ci-dessus). Par la suite, il fut désigné comme expert par le tribunal régional de Vienne en vertu de l'article 48 de la loi de 1975 (paragraphe 11 et 15 ci-dessus); selon ce texte, il lui incombait d'exposer et compléter les constatations ou l'avis de l'Institut (paragraphe 21 ci-dessus). 32. On comprend aisément que des doutes surgissent, en particulier chez l'accusé, sur la neutralité d'un expert dont le rapport a précisément provoqué l'exercice de l'action publique. *En l'espèce, les apparences rapprochaient plutôt le directeur d'un témoin à charge*. En soi, son audition pendant les débats ne se heurtait pas à la Convention, mais le principe de l'égalité des armes découlant de la notion de procès équitable (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 15, par. 28) et illustré par le paragraphe 3 d) de l'article 6 (art. 6-3-d) ('dans les mêmes conditions', voir, mutatis mutandis, l'arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 39, par. 91) exigeait un *équilibre entre cette audition et celle des personnes qui, à un titre quelconque, étaient ou pouvaient être entendues à la demande de la défense*. 33. La Cour estime, avec la Commission, qu'un tel équilibre n'a pas régné dans les deux procédures dont il s'agit ici. (.../...) 35. Dès lors, il y a eu violation de l'article 6§1” (El subrayado es mío).

la Corte de Estrasburgo pudo considerar que tanto una parte civil³⁷, como un co-acusado³⁸ podían ser considerados como “testigos” con el fin de que sea respetada *in fine* la equidad del proceso.

2. Autonomía de la “materia penal”

6. La aplicabilidad de la garantías del debido proceso inscritas al §1 del artículo 6 CEDH están condicionadas por la existencia, sea de “derechos y obligaciones de carácter civil”, sea de una “acusación en materia penal”. Cabe notar que la redacción del artículo 8 CADH supone la puesta en marcha de las mismas condiciones. Tanto acerca de la noción de “acusación” cómo acerca de la noción de “materia penal”, la CorteEDH desarrolló una interpretación basada una vez más sobre la “autonomía” de estos conceptos que permitió, de manera sumamente extensa, ampliar la aplicabilidad del artículo 6§1 a situaciones a veces alejadas de lo penal *stricto sensu*.

7. Ya en 1968, en la sentencia *Neumesteir c. Austria* (27 de junio de 1968), la Corte hacía referencia de manera muy alusiva a la noción de acusación “en el sentido de la Convención” (§18)³⁹; sus términos eran más precisos diez años después en la sentencia *König c. República Federal de Alemania* del 28 junio de 1978 (série A n° 27) (§88). Por fin, en 1980 suministró una definición de la **acusación** en el sentido “autónomo”. El §46 de la sentencia *Deweer c. Belgique* del 27 de febrero de 1980 dice:

37. CorteEDH, *Bricmont c. Bélgica*, 7 juillet 1989, serie A 158.

38. CorteEDH, *Lucá c. Italia*, 27 février 2001, §41: “Dans ce contexte, la circonstance que pareilles dépositions proviennent d’un coïnculpé, comme dans le cas d’espèce, et non d’un témoin n’est pas pertinente. A cet égard, la Cour souligne que le terme ‘témoin’ a, dans le système de la Convention, un sens ‘autonome’ (arrêt Vidal c. Belgique du 22 avril 1992, série A no 235-B, pp. 32-33, § 33). Ainsi, dès lors qu’une déposition, qu’elle soit faite par un témoin *stricto sensu* ou par un coïnculpé, est susceptible de fonder, d’une manière substantielle, la condamnation du prévenu, elle constitue un témoignage à charge et les garanties prévues par l’article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention lui sont applicables (voir, mutatis mutandis, l’arrêt Ferrantelli et Santangelo c. Italie du 7 août 1996, Recueil 1996-III, pp. 950-951, §§ 51-52)”. (Lo subrayado es mío).

39. CorteEDH, *Neumeister c. Austria*, 27 de junio de 1968, serie A8, §18: “La période à prendre en considération pour vérifier l’observation du texte précité commence nécessairement le jour où une personne se trouve accusée, sans quoi il ne serait pas possible de statuer sur le bien-fondé de l’accusation, *ce terme étant compris au sens de la Convention*” (Lo subrayado es mío).

“La acusación podría (.../...) definirse como la notificación oficial, emanada de la autoridad competente, del reproche de haber cumplido una infracción penal”⁴⁰.

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* del 8 de junio de 1976, a propósito de sanciones disciplinarias a soldados efectuando su servicio militar. A este respecto, identificó tres criterios que sirven desde entonces para identificar la existencia o no de una “materia penal” (§82): 1). la calificación dada por el derecho interno del Estado defensor, que tiene –como la Corte misma dice– un valor muy relativo; 2). la naturaleza de la infracción, es decir, la transgresión de una norma de carácter general teniendo un carácter a la vez disuasivo y represivo; 3). por fin, la gravedad de la sanción prevista⁴¹.

40. CorteEDH, *Deweert c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980, §§42-46: “1. *Sur l’applicabilité de l’article 6 § 1 (art. 6-1) en l’espèce*: 42. (.../...) La notion d’ ‘accusation en matière pénale’ revêt cependant un caractère ‘autonome’; elle doit s’entendre ‘au sens de la Convention’ (voir notamment l’arrêt König du 28 juin 1978, série A n° 27, p. 29, § 88), d’autant qu’en son texte anglais l’article 6 § 1 –comme du reste l’article 5 § 2– se sert d’un mot, ‘charge’, de portée fort vaste (.../...) 44. La place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique (voir notamment l’arrêt Airey précité, pp. 12-13, § 24) conduit toutefois la Cour à opter pour une conception ‘matérielle’, et non ‘formelle’, de l’ ‘accusation’ visée à l’article 6 § 1. Elle lui commande de regarder au-delà des apparences et d’analyser les réalités de la procédure en litige (.../...) 46. Le caractère pénal que l’affaire revêt au regard de la Convention ressort donc sans ambiguïté d’un faisceau d’indications concordantes. L’ ‘accusation’ pourrait aux fins de l’article 6 § 1 (art. 6-1) se définir comme la notification officielle, émanant de l’autorité compétente, du reproche d’avoir accompli une infraction pénale. (.../...) Dans ces conditions, la Cour considère qu’à partir du 30 septembre 1974 le requérant faisait l’objet d’une ‘accusation en matière pénale’”.

41. CorteEDH, *Engel et autres c. Payses Bajas*, 8 de junio de 1976, serie A, §82: “Dès lors, la Cour doit préciser, en se limitant au domaine du service militaire, comment elle vérifiera si une ‘accusation’ donnée, à laquelle l’Etat en cause attribue –comme en l’espèce– un caractère disciplinaire, relève néanmoins de la ‘matière pénale’ telle que l’entend l’article 6 (art. 6). A ce sujet, il importe d’abord de savoir si le ou les textes définissant l’infraction incriminée appartiennent, d’après la technique juridique de l’Etat défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois. Il s’agit cependant là d’un simple point de départ. L’indication qu’il fournit n’a qu’une valeur formelle et relative; il faut l’examiner à la lumière du dénominateur commun aux législations respectives des divers Etats contractants. La nature même de l’infraction représente un élément d’appréciation d’un plus grand poids. Si un militaire se voit reprocher une action ou omission qui aurait transgressé une norme juridique régissant le fonctionnement des forces armées, l’Etat peut en principe utiliser contre lui le droit disciplinaire plutôt que le droit pénal. A cet égard, la Cour marque son accord avec le

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

Gouvernement. *Là ne s'arrête pourtant pas le contrôle de la Cour. Il se révélerait en général illusoire s'il ne prenait pas également en considération le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé.* Dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la ‘matière pénale’ les privations de liberté susceptibles d’être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d’exécution ne sauraient causer un préjudice important. Ainsi le veulent la gravité de l’enjeu, les traditions des Etats contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne (cfr., *mutatis mutandis*, l’arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A n° 12, p. 36, dernier alinéa, et p. 42 in fine)” (Lo subrayado es mío).

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 (CorteEDH, *Malige c. France*, 23 de septiembre de 1998).

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

44. CorteEDH, *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

8. En cuanto a la **represión disciplinaria**, tanto en el ámbito militar (*Engel*), como en el ámbito penitenciario (*Campbell*) y aún en el de la potestad disciplinaria de los colegios profesionales (*Serre*⁴⁶), es interesante poner de relieve que aunque la Corte europea viene sosteniendo constante e inequívocamente que esta materia incluye las garantías de los artículos 6 y 7 (*Engel*, §49, v. nota 31), se focalizó más bien sobre las exigencias de la equidad del proceso (art. 6), (*ad ex.*, la publicidad), y ha dejado de lado la cuestión de la aplicabilidad del principio de legalidad (art. 7). Esto hace decir a un autor español que “Por ello, no es claro hasta qué punto la potestad disciplinaria está sometida a las exigencias del principio de legalidad”⁴⁷. Aquella incertidumbre no existe en el área americana de protección. De hecho, la Corte de San José consideró –en el caso *Caso Blanco Ricardo y otros*⁴⁸– que “las san-

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. CorteEDH, *Bendenoun c. Francia*, 24 de febrero de 1994

46. CorteEDH, *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. CorteIDH, *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

ciones administrativas son la manifestación del poder punitivo del Estado” y que como tal, tienen que ser respetuosas del principio de legalidad e irretroactividad inscrito 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), en adecuar sus propias jurisprudencias.

El ejemplo del juez francés es significativo debido a la metamorfosis que sufrió la jurisprudencia interna por en este asunto. Primero, son todas las “Autoridades administrativas independientes” (*autorités administratives indépendantes*) que ejercen un poder represivo mediante sanciones pecuniarias las que están sometidas a las exigencias del artículo 6§1. Aquí, algunas veces, fue el juez interno quien decidió, confrontado al movimiento de “penalización”, anticipar eventuales declaraciones de violación por parte de la Corte-EDH y adaptar *propio motu* su jurisprudencia. El juez judicial fue, por ejemplo, quien 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 conoce su recelo en lo que concierne a lo “europeo”, es decir lo “supranacional”– aceptó el movimiento, declarando que las autoridades que poseen un “poder de sanción” –como la Comisión bancaria (*Commission bancaire, CB*)⁵⁰, la Autoridad de regulación de las telecomunicaciones (*Auto-*

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.

rité 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—entran en la “materia penal” y como tal están sujetas a las exigencias del artículo 6§1 CEDH. 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 de “penalización” de las sanciones. Durante un par de años, consideró que las sanciones impuestas por la Comisión europea (Bruselas) en constatación de la violación de la normativa comunitaria en materia de competencia no podían depender de las garantías del artículo 6§1 —no siendo la Comisión europea un “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, la Corte EDH consideró que un procedimiento delante de un juez administrativo relativo al recargo de impuestos por parte de la Administración fiscal hace parte de la “materia penal” pues: 1. 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 2. se trata de una normativa cuya finalidad es obviamente represiva.

El interrogante en este nivel del análisis es sobre si no hay zonas grises en la jurisprudencia que *in fine* disminuyan la efectividad jurídica de los conceptos penales.

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

56. Corte EDH, *Bendenoun c. Francia*, 24 de febrero de 1994.

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 lo que concierne el 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 la “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 scriptum*), pero del derecho *in se*, del *jus*. La primera consecuencia directa de esto es la integración de la jurisprudencia en la concepción europea de la ley. Lo que quiere decir que la “legalidad penal” puede ser la “jurisprudencia penal”. La doctrina penalista de tradición continental criticó de manera vigorosa este hecho⁵⁷. Sin embargo, se explica y puede justificarse. De hecho, no podía imaginarse la Corte elegir una concepción distributiva del principio de legalidad criminal. Es decir, tomar en cuenta las únicas normas escritas para los países de derecho continental e integrar tanto el derecho escrito como el derecho no escrito para los países de *common law*. Al actuar así, la CorteEDH se hubiera 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

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 de la CorteEDH, el Francés J-P. Costa, puso de relieve la diversidad de la influencia de las tradiciones jurídicas en Europa y su uso por la Corte con el fin de crear y desarrollar un *jus commune* en materia de derechos humanos. Así, del sistema de *common law*, la CorteEDH 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 différents traditions nationales”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme* (1° janvier 2004), pp. 101-110.

“interpretación consensual” (*interprétation consensuelle*)⁵⁹ tiene que prevalecer y prevaleció *in fine* ⁶⁰.

Lo que sí se puede criticar es el hecho de que la “base legal” puede ser constituida por actas administrativas cuya naturaleza no es segura: así, el informe de un trabajador social que permitió que un niño sea puesto en un lugar especial para adolescentes⁶¹ o directivas de origen militar⁶², o aún declaraciones gubernamentales tal cómo una declaración pública presentada delante de 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 está sostenida por una base legal *stricto sensu*, pero parece no obstante “suficiente” (§31)!

La consecuencia paradójica de ello es una ampliación tremenda del famoso margen de apreciación de los Estados. La concepción común de la “ley” –en su primer aspecto, el de la base legal– doblga 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 la Corte europea concluye con la inexistencia de una base legal.

12. El debilitamiento del concepto de legalidad penal se hace más evidente en lo que concierne el segundo aspecto de la “ley”, el de su **calidad**, *i.e.*

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

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

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

62. CorteEDH, *Vereinigung Demotratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Austria*, 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” (El subrayado es nuestro).

63. ComEDH, *Rai, Allmond et Negociate now c. Reino Unido*, informe del 6 de abril de 1995.

su **previsibilidad y accesibilidad**. Consagrada de manera general en la sentencia *Sunday Times*, aquella concepción es también utilizada en lo que concierne el 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 previsibilidad”⁶⁴.

La *accesibilidad* está entendida como el acceso práctico, físico, al sostén escrito de la “ley”: se materializa por la publicación de la base legal, muy a menudo de la jurisprudencia. Así, en los casos *Kokkinakis* (§40) y *Gragnic* (§25), la Corte 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* que la Corte analiza la cuestión del conocimiento de la regla de derecho. En materia penal, la Corte de Estrasburgo afirma de manera rotunda que el principio de legalidad penal “tiene como meta la salvaguarda del principio de seguridad jurídica”; considera además cumplido el requisito de la previsibilidad cuando:

“el individuo puede saber, con lo dispuesto en la cláusula pertinente y, si resulta necesario, merced a su interpretación por los tribunales, cuales son los actos y omisiones que ponen en marcha su responsabilidad”⁶⁵.

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”.

64. ComEDH, *Gragnic c. Francia*, informe del 24 de junio de 1994, §32. La traducción es del autor. 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: CorteEDH, *S.W. c. Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, §35; CorteEDH, *Cantoni c. Francia*, 15 de noviembre de 1996, §29.

65. CorteEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, A 260-A, §52. La traducción es del autor. 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.

Pues, primero, se supone que un individuo está en condiciones de entender la ley con la ayuda de “consejos aclaratorios” (*conseils éclairés*)⁶⁶: así, no se necesita que sea entendida por todos. El principio clásico pero irrealista –*Nemo censetur ignorare legem*– no está transformado por el juez europeo en un dogma jurídico estricto que hubiera sido la manifestación de la demagogía de un derecho “transparente”. Segundo, el juez europeo admite una precisión relativa de la ley. Según su manera de ver, es imposible:

“llegar a una exactitud absoluta en la redacción de las leyes, particularmente en las materias en las cuales los datos cambian en función de la evolución de las concepciones de la sociedad”⁶⁷.

Así, el nivel de precisión de la legislación interna puede variar en función del texto considerado, de la materia que cubre y de la función de sus destinatarios⁶⁸. La precisión absoluta no es necesaria –pues no es posible según la CorteEDH– en materia de competencia, de telecomunicaciones, de disciplina militar, de protección de la infancia, de definición de la “obscenidad” o aún del blasfemio y claro, en materia de legalidad penal. El asunto *Cantoni* es muy revelador del razonamiento del juez europeo. El demandante fue condenado en Francia por ejercicio ilegal de la farmacia por vender medicamentos en su supermercado. Delante de los órganos de control del Convenio europeo consideraba esta persona que el artículo 7 del CEDH había sido infringido por Francia, la definición del medicamento careciendo de previsibilidad, tanto del punto de vista legal (definición muy amplia y por ende vaga del artículo 511 del Código de la Salud pública), como del punto de vista jurisprudencial. Al examinar el asunto, la CorteEDH 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, además cuando los destinatarios de aquella definición

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

67. CorteEDH, *Barthold c. Alemania*, 25 de marzo de 1985, serie A 130, §60. La traducción es del autor. 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. CorteEDH, *Chorherr c. Austria*, 25 de agosto de 1993, serie A n° 266-B, §25.

69. CorteEDH, *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 pou-

eran “profesionales, acostumbrados a tener preocupaciones en su trabajo” (§35). Resulta claro que la previsibilidad no significa la certeza absoluta. Y por ley previsible, hay que entender ley “razonablemente” previsible.

En lo que concierne la interpretación razonable del juez penal (segundo aspecto de la previsibilidad de la ley penal), la Corte de Estrasburgo otorga a la jurisprudencia un rol de complemento del derecho escrito, rol que se puede considerar como exagerado. 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, la cual, para ser entendida, exige la intervención de la interpretación judicial, satisface –sobre todo desde el punto de vista del derecho continental– el requisito de la legalidad penal. Es otorgar un rol importantísimo a la jurisprudencia, como si ella fuera siempre fácil de entender e interpretar. El asunto *Cantoni* demuestra lo difícil de una clara e inequívoca interpretación de la jurisprudencia. Hay que saber 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 persecuciones penales (Informe del 12 de abril de 1995, §63); al contrario, la Corte estimó que el señor Cantoni, merced a unos cuantos consejos aclaratorios tenía que saber que al ver “la tendencia que se percibía en la jurisprudencia de la Corte de Casación y en una parte de las jurisdicciones de fondo, tomaba el riesgo de ser condenado por ejercicio ilegal de la medicina (§35 *in fine*)”⁷⁰. Es por unanimidad que la

voir 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*” (El subrayado es nuestro).

70. CorteEDH, *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’eu égard à la tendance se dégagant 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”.

Corte declaró no infringido el principio de legalidad penal, considerando que una mera “tendencia” jurisprudencial bastaba para cumplir con el requisito del artículo 7 CEDH.

14. Tenemos en Europa una definición poco clara de la previsibilidad penal, a tal punto 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 la interpretación estricta de la ley penal, rechazando la interpretación analógica *in malam partem*⁷¹. Por otro lado, uno puede tener unas cuantas dificultades para entender el papel atribuido al juez nacional, más específicamente al juez penal, en la clarificación y la precisión de la ley penal, pudiendo su interpretación 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 la CorteEDH 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 merced a la interpretación judicial de un asunto a otro”.

La interpretación constructiva de la ley penal está admitida por la CorteEDH –algunos podrían decir que está *promovida*– a condición, como lo indica ella misma, que “*el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y que sea razonablemente previsible*”. ¿Dónde se encuentra la

71. CorteEDH, *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. CorteEDH, *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*”.

frontera en este caso entre la seguridad jurídica y la arbitrariedad? La frontera aparece muy débil al considerar la “interpretación razonable del juez” en materia penal. El asunto ya citado *S.W.* es tópico del malestar que genera tal visión: la Corte 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 violación de su esposa por los tribunales ingleses. Para obtener tal 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 tal caso. La CorteEDH admitió esta actitud de los jueces ingleses; es decir admitió que una condena penal –que fue el resultado de un cambio de jurisprudencia en desfavor del condenado– sea presentada como respetuosa del 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, aparece evidente que los hechos del caso lo permitían, así como la tradición británica de *common law*. No obstante, se puede preguntar si la CorteEDH 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 de tal interpretación con 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 la retroactividad de la ley penal inscrita 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 la CorteEDH admitió una interpretación *in malam partem* de la ley penal resultando, esta vez, de una evolución jurisprudencial debida a un cambio radical de sistema jurídico en el contexto de la sucesión de Estados⁷⁵. Aquí, la Corte da la razón a

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”, en J.-F. FLAUSS (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 113-133.

74. CorteEDH, *Streletz y otros c. Alemania*, 22 de marzo de 2001; CorteEDH, *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. CorteEDH, *Streletz y otros c. Alemania*, 22 de marzo de 2001, §§81-83: “La Cour considère qu'il est légitime pour un Etat de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur; de même, on ne

los tribunales de Alemania –no por haber dado una justicia de vencedores, pero sí por haber sancionado la injusticia de los vencidos–. Así, los actos efectuados y ordenados en la República Democrática Alemana han podido ser sancionados por los tribunales de la Alemania reunificada unos cuantos años después, basándose sobre 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 la prevalencia del derecho (*Streletz y K-H.W*) (*prééminence du droit*) permiten poner al lado el principio de legalidad penal. Es obvio que únicamente desde el punto de vista del derecho penal, tal interpretación constructiva puede ser y ha sido criticada. Ahora bien, la función de un Corte 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

saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat, qui ont succédé à celles existant antérieurement, d'appliquer et d'interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un Etat de droit. 82. En effet, la Cour rappelle que sous l'angle de l'article 7 § 1, aussi clair que le libellé d'une disposition pénale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire et il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation (arrêts S.W. et C.R. c. Royaume-Uni précités, loc. cit., paragraphe 50 ci-dessus). Certes, cette notion s'applique en principe à l'évolution progressive de la jurisprudence dans un même Etat de droit et sous un régime démocratique, éléments qui constituent les pierres angulaires de la Convention, comme l'atteste son préambule (paragraphe 83 ci-dessous), mais elle garde toute sa valeur lorsque, comme en l'espèce, il y a eu succession de deux Etats. 83. Un raisonnement contraire irait à l'encontre des principes mêmes sur lesquels est bâti tout le système de protection mis en place par la Convention. Les auteurs de la Convention se sont référés à ces principes dans le préambule de la Convention en '[r]éaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament', et en se déclarant '(...) animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit (...)'

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

prohibición de sancionar más de una vez un mismo hecho ilícito. Por ende, cuando una misma jurisdicción juzga 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 cual determinó con claridad aquella posición jurisprudencial⁷⁷.

Por un lado, la CorteEDH –merced a un giro jurisprudencial materializado en 2002 con los casos *W.F.* y *Sallen*⁷⁸– considera que el principio *non*

77. CorteEDH, *Oliveira c. Suiza*, 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.

78. CorteEDH, *W.F. c. Austria*, 30 de mayo de 2002; CorteEDH, *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 idem* no excluía que hechos que ya habían sido objeto de sanción administrativa podían ser perseguidos en vía penal (STC 2/2003 de 16 de enero de 2003). Es bastante interesante presentar el fundamento jurídico n°5 (FJ) punto c). de la sentencia del alto Tribunal 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 persegui-

bis in idem no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos por vía penal, a condición de que difieran en sus “elementos esenciales”. Por otro lado, es sabido, la CorteEDH 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 (CorteEDH, *Öztürk c. Alemania*, 21 de febrero de 1984). En este contexto, la CorteEDH se permite calificar de nuevo una sanción administrativa como sanción penal y considerar que un mismo hecho ha sido juzgado dos veces, condenando al Estado, como ocurrió en el asunto *Gradinger*⁷⁹. Tal actitud es la consecuencia de la autonomización y su aplicación puede volverse delicada en unos cuantos asuntos desde el punto de vista de la seguridad jurídica... Quizás sea 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 y de las penas o los tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH); finalmente, de manera aún más exigente hoy en día, el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)⁸⁰. Considero idóneo

dos 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. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 402 (1º ed.)

79. CorteEDH, *Gradinger c. Austria*, 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”, en F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, 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 son muy directos, sino que permiten una equiparación bastante constructiva con el sistema interamericano de derechos humanos y la jurisprudencia muy a menudo 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 permiten dar más efecto concreto al derecho protegido, se está añadiendo otras, de tipo procesal, que, 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 la propia CorteEDH⁸¹. Su respeto es la condición necesaria para que los demás derechos puedan ser ejercidos. Tal visión es también la de la CorteIDH la cual lo afirma con firmeza en el caso *Villagrán Morales y otros*⁸².

Para darse cuenta del carácter innovador en Europa de la “procedimentalización” de las “obligaciones positivas” (2), parece interesante 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: las 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.

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

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

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. Tal cláusula de excepción no existe en los Convenios de mismo tipo como la Convención americana, mucho más protectora (v. el artículo 4 CADH).

En este contexto, la CorteEDH 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. La CorteEDH hizo entonces dos importantísimas afirmaciones: primera, el respeto a la vida no admite excepción alguna en tiempos de paz; segunda, el apartado segundo del artículo 2 CEDH no enuncia situaciones en que es legítimo ocasionar intencionalmente la muerte, sino circunstancias en que cabe hacer legítimamente uso de la violencia, la cual, puede desembocar a su vez en una muerte involuntaria. Así, se desprende según la CorteEDH del propio apartado segundo del artículo 2 que “el recurso a la fuerza sea absolutamente necesario”. Con respecto al derecho a la vida, más que un juicio de proporcionalidad, parece regir lo que podría denominarse con Luis María Díez Picazo un “juicio de indispensabilidad”⁸⁶.

Aquí, la cuestión de la **pena de muerte** tiene una importancia del todo especial⁸⁷. Sufrió evoluciones muy interesantes estos últimos años en el continente europeo. Evoluciones generadas tanto por la jurisprudencia cómo por la voluntad de los Estados Partes al ConvenioEDH quienes decidieron adoptar el protocolo n°13 al ConvenioEDH⁸⁸.

83. L-M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, op. cit., 1° 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 (2° ed.), p. 91.

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

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

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

88. Se presenta como un protocolo adicional y no como un protocolo modificatorio.

La redacción originaria del artículo 2§1 indica que:

“El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, *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 del autor).

Tal afirmación se explica por el contexto de los años cincuenta: en esa época, muchos de los países del Consejo de Europa estaban aplicando la pena de muerte y en muchas mentes permanecían los juicios y condenas de la década anterior a los jerarcas nazis. Al leer el artículo 2§1, se observa de inmediato que las condiciones esgrimidas para asegurar la legalidad de la pena capital eran bastante escasas, a diferencia tanto del PIDCP (artículo 6§2 a 6) cómo de la CADH (artículo 4§2 a 5). Unos cuantos años después los Estados decidieron –ante el progreso del movimiento abolicionista en el continente– adoptar el famosísimo protocolo n°6 que afirma en el §1: “Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”, rehusando el artículo 3 todo tipo de excepciones sobre la base del artículo 15 CEDH. Sin embargo, el artículo 2 de éste mismo protocolo dejaba la puerta abierta a tan 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. Eso quería decir que 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” tal cláusula. A pesar de esta ingeniería jurídica y de la evolución positiva en el derecho interno de los Estados partes, el reconocimiento en el ConvenioEDH de la posibilidad de instituir, aún con ciertas condiciones, la pena de muerte, redujo considerablemente las posibilidades de actuación de la CorteEDH. Primero, fue en muy pocos casos que pudo examinar la conformidad del Convenio a la pena capital. Segundo, “víctima del desfase entre las normas convencionales que tiene que aplicar y el realismo abolicionista del continente europeo, la CorteEDH 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 concordante en el asunto *Soering* de 1989⁹¹. En estas circunstancias, el giro

89. Se puede consultar el texto entero en el sitio 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>>

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

vivido en el año 2003 en Europa es sencillamente asombroso. Por un lado, la CorteEDH merced 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 tiempo 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 tal afirmación a los tres Estados partes que, en esa época, no habían ratificado el protocolo n°6, a saber: Rusia, Armenia y el Estado en defensa en el caso, Turquía⁹³. Para llegar a tal cambio de perspectiva, la CorteEDH se apoyó sobre la práctica abolicionista de la casi totalidad de los Estados partes (§195), lo cual demuestra su acuerdo para “abrogar, 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, merced a su poder normativo, adoptaron un nuevo protocolo, el llamado n°13, entrado en vigor el 1° de julio de 2003⁹⁴, que abolió la pena de muerte “en todas circunstancias”, es decir tanto

92. CorteEDH, *Öcalan c. Turquía*, 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 mío).

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 y Mónaco 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 Ofi-

en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Constituye el punto final de los esfuerzos del Consejo de Europa para erradicar del continente europeo la pena de muerte.

19. Junto al deber de no usar la fuerza de manera excesiva, el derecho a la vida tiene como otra obligación lógica la de proteger la vida humana⁹⁵. Esta obligación va más allá, por supuesto, 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 período de vigilancia policial (*garde à vue*)– merece una atención específica por parte de los servicios del Estado⁹⁶. Eso quiere decir que los servicios estatales en la cárcel tienen que prestar asistencia a los detenidos enfermos con el objeto de evitar que sea un destino funesto⁹⁷, sea un suicidio⁹⁸. Dicha obligación positiva a favor de los detenidos se encuentra también en la jurisprudencia interamericana, la que insiste sobre “el deber del Estado de adoptar medidas para proteger a quienes se hallan sujetos a su jurisdicción”⁹⁹. Tanto en votos concurrentes¹⁰⁰ como en las propias sentencias¹⁰¹, la Corte de San José opta claramente

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

96. CorteEDH, *Berkay c. Turquía*, 1º de marzo de 2001.

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

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

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 infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena por una parte; yb). 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 del 16 de enero de 1994, serie C, n°16, más precisamente en el voto concurrente de tres jueces –PICADO-SOTELA, AGUIAR-ARANGUREN, CAÑADO TRINDADE– que apareció la idea de una obligación positiva de proteger la vida de los reclusos (§3 *in fine*). Después, la CorteIDH hizo enteramente suya tal 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 del 18 de agosto de 2000, §86; *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, n°70, §172.

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 recluidas 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 custodia”¹⁰².

Otro tema de sumo interés, después de la cuestión de los detenidos, es el de las **desapariciones forzadas**¹⁰³. Permitted a la Corte de Estrasburgo formular importantes giros jurisprudenciales influenciada sin duda por la jurisprudencia interamericana en la materia, como también por la “doctrina” del Comité de los derechos humanos de las Naciones Unidas. Durante años, la CorteEDH veía en las “desapariciones” de personas detenidas una vulneración del único derecho a la libertad y a la seguridad¹⁰⁴. Afortunadamente, la Corte se resolvió en 1999 a cambiar de rumbo, considerando en la sentencia *Çakici*¹⁰⁵ que, desapareciendo una persona después de un arresto y una detención por la policía, el derecho a la vida del artículo 2 estaba infringido por no velar el Estado por la protección de la vida del detenido. Para llegar a tal resultado, la fuerza persuasiva de la jurisprudencia interamericana fue mayor, pues la Corte de Estrasburgo hizo suya la interpretación de la Corte de San José acerca de la “presunción de muerte”. Ya desde su primera sentencia al fondo, la CorteIDH en el famosísimo asunto *Velázquez Rodríguez* del 29 de julio de 1988 afirmó al §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 sufi-

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, note 84.

103. G. CITRONI, “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. CorteEDH, *Kurt c. Turquía*, 25 de mayo de 1998.

105. CorteEDH, *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 CorteEDH, *Ertak c. Turquía*, 9 de mayo de 2000.

cientes 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 impunidad”¹⁰⁶.

Tal interpretación fue mantenida con una constancia inequívoca en los casos ulteriores 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 CorteIDH no vaciló en rechazar unas cuantas estrategias de defensa bastante cínicas, como en el asunto *Castillo Páez*, en el cual el Gobierno del 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. La Corte afirmó que (§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”.

Pasaron diez años para que la CorteEDH se decidiera a optar por aquella visión favorable a las víctimas –tomando en cuenta por fin¹¹³ la invoca-

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

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

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

109. CorteIDH, *Caso Neira Alegría y otros*, sentencia del 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* del 25 de mayo de 1998, a pesar de la invocación tanto por la víctima como por la ONG *Amnesty International* de la jurisprudencia interamericana, la CorteEDH no se resolvió a adoptarla (v. los §§67 a 71 y el §100).

ción, sea por los demandantes¹¹⁴ 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.

20. 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 por los actos criminales de los demás¹¹⁷. Tal obligación tiene un carácter relativo pues varía según las

114. En el asunto *Ertak c. Turquía* del 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.)*” (Lo subrayado es mío).

115. En el asunto *Timurtas c. Turquía* del 13 de junio de 2000 fue la ONG “CEJIL” 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 en matière 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. CorteEDH, *Timurtas c. Turquía*, 13 de junio de 2000; CorteEDH, *Tas c. Turquía*, 14 de noviembre de 2000.

117. CorteEDH, *Osman c. Reino-Unido*, 28 de octubre de 1998, §116: “Pour la Cour, et sans perdre de vue les difficultés pour la police d’exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l’imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n’oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Une autre considération pertinente est la nécessité de s’assurer que la police exerce son pouvoir de juguler et de prévenir la criminalité en respectant pleinement les voies légales et autres garanties qui limitent légitimement l’étendue de ses actes d’investigations criminelles et de traduction des délinquants en justice, y compris les garanties figurant aux articles 5 et 8 de la Convention”.

circunstancias. Supone 1. la existencia de un “riesgo seguro e inmediato” para la vida de la persona; 2. el conocimiento del riesgo por las autoridades; 3. la ausencia de medidas razonables que se podía esperar por parte las autoridades. Así, al poner un detenido en la misma aula que un peligroso enfermo mental que lo asesinó, el Estado inglés infringió su obligación de prevención en la protección de la vida humana de un detenido¹¹⁸.

2. Las obligaciones positivas novadoras: las de tipo procedimental

21. Aquellas obligaciones positivas de tipo sustancial no son las únicas puestas a cargo de los Estados en Europa. La CorteEDH descubrió en el mismo tiempo las de tipo procesal. Tal 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 de nuevo el § 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

La Cour estime que, face à l’allégation que les autorités ont failli à leur obligation positive de protéger le droit à la vie dans le cadre de leur devoir de prévenir et réprimer les atteintes contre la personne (paragraphe 115 ci-dessus), il lui faut se convaincre que lesdites autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu’un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d’un tiers, et qu’elles n’ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d’un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque. La Cour n’accepte pas la thèse du Gouvernement selon laquelle le fait de ne pas percevoir ce risque de mort dans des circonstances connues à l’époque et de ne pas prendre des mesures préventives pour empêcher la concrétisation du risque, équivaudrait à une faute lourde ou à un manquement délibéré à l’obligation de protéger la vie (paragraphe 107 ci-dessus). En effet, un critère aussi rigoureux serait incompatible avec les exigences de l’article 1 de la Convention et avec l’obligation pour les Etats contractants au regard de cet article d’assurer une protection concrète et effective des droits et libertés consacrés par cet instrument, y compris par l’article 2 (voir, *mutatis mutandis*, l’arrêt *McCann* et autres précité, p. 45, § 146). Pour la Cour, et vu la nature du droit protégé par cet article, essentiel pour l’économie de la Convention, il suffit au requérant de montrer que les autorités n’ont pas fait tout ce que l’on pouvait raisonnablement attendre d’elles pour empêcher la matérialisation d’un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. Il s’agit là d’une question dont la réponse dépend de l’ensemble des circonstances de l’affaire en question”.

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

razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho”.
(Lo subrayado es mío).

22. Descubierta más tarde que en América, el aspecto procesal 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 y contra los de los particulares.

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

“La obligación de proteger el derecho a la vida que impone esta disposición (art. 2), combinada con el deber general del 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 de conducir una forma de investigación eficaz, cuando el recurso a la fuerza, sobre todo por agentes del Estado, provocó la muerte de un hombre”¹¹⁹.

La investigación supone efectuar un “examen completo, imparcial y profundizado de las circunstancias en las cuales los homicidios han sido cometidos” (*McCann*, §163). De hecho, “la protección procesal del derecho a la vida” según las propias palabras de la CorteEDH¹²⁰, supone una acción para identificar y castigar los culpables de un homicidio ilegal. Este requisito está considerado cumplido 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 implican más peculiarmente dos Estados, Turquía y el Reino Unido. Así, cuando

119. CorteEDH, *McCann c. Reino-Unido*, 27 de septiembre de 1995, § 161. La traducción es del autor. He aquí la versión original: “L’obligation de protéger le droit à la vie qu’impose cette disposition (art. 2), 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”.

120. CorteEDH, *Kaya c. Turquía*, 19 de febrero de 1998, §87: “La Cour relève que la protection procédurale du droit à la vie prévue à l’article 2 de la Convention implique pour les agents de l’Etat l’obligation de rendre compte de leur usage de la force meurtrière: leurs actes doivent être soumis à une forme d’enquête indépendante et publique propre à déterminer si le recours à la force était ou non justifié dans les circonstances particulières d’une affaire” (Lo subrayado es mío).

se constata una ausencia sistemática de toda investigación¹²¹; cuando ésta no ha sido organizada por personas independientes¹²² o que privilegia el testimonio de las personas involucradas en los actos ilícitos¹²³, la CorteEDH constata la violación del Convenio.

Merece ser subrayado el hecho de que el juez europeo puede concluir en una violación del derecho a la vida únicamente en presencia de una infracción a 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, la CorteEDH amplía de manera significativa el ámbito de la protección

121. CorteEDH, *Chypre c. Turquía*, 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. CorteEDH, *Mahmut Kaya c. Turquía*, 28 de marzo de 2000, §95; *Aktas c. Turquía*, 24 de abril de 2003; CorteEDH, *McShane c. Reino Unido*, 28 de mayo de 2002, §126. CorteEDH, *Hugh Jordan, McKerr, Kelly et al. Shanagan c. Reino Unido*, 4 de mayo de 2001, §142. Se trata de cuatro casos que la Corte decidió de unir pues abarcan todos la cuestión de la lucha anti-terrorista por la policía en Irlanda del Norte (*Royal Ulster Constabulary*). Esta jurisprudencia –publicada únicamente en inglés– hace unas cuantas notables referencias a los instrumentos internacionales de referencia, tal como los de las Naciones Unidas, las 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, CorteEDH, *Finucane c. Reino Unido*, 1º de julio de 2003.

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

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

125. De hecho, existen situaciones en las cuales la CorteEDH tiene dificultades para concluir en la violación del fondo del artículo 2. Fue el caso en el asunto *Mc Shane c. Reino Unido* del 28 de mayo de 2002 en el cual resultaba bastante difícil poner de relieve la responsabilidad del Estado en la muerte de una persona durante una manifestación en la ciudad de Belfast a consecuencia del choque de un coche de la policía, v. *Journal du droit international*, 2, 2003, p.539, obs. Ed.D.

procesal en virtud del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo). 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*, aparece claro que esto es consecuencia de la invocación del artículo 13 por la víctima, la CorteEDH afirmando *expressis verbis* que “las exigencias del artículo 13 van más allá que la obligación procesal que el artículo 2 hace a los Estados contratantes de investigar de manera efectiva”¹²⁶; es interesante notar que en otro caso, el caso *Güleç* la CorteEDH condenó a Turquía sobre la única base jurídica del artículo 2, afirmando lo siguiente (§82):

“La Corte, como la Comisión, concluye que la investigación no ha sido conducida ni de manera profunda ni por órganos independientes y, además, sin la participación del demandante, que no recibió notificación”¹²⁷.

No se puede afirmar hoy día de manera tajante que nos hallamos en presencia de una evolución, pues la Corte en otros casos ha estigmatizado la diferencia entre “investigación efectiva” y “recurso efectivo” como en el asunto *Edwards*¹²⁸; lo que sí es cierto es el efecto sumamente protector de la combinación de los artículos 2 y 13 para las víctimas¹²⁹.

126. CorteEDH, *Kaya c. Turquía*, 19 de febrero de 1998, § 107: “En l’espèce, le requérant se plaint de ce que lui-même et les proches du défunt se sont vu refuser un recours ‘effectif’ qui leur eût permis de faire la lumière sur les circonstances dans lesquelles Abdülmenaf Kaya a réellement trouvé la mort. Pour la Cour, la nature du droit qu’il est reproché aux autorités d’avoir enfreint, l’un des plus fondamentaux de la Convention, doit avoir des implications pour le type de recours qu’il faut garantir à la famille de la victime. En particulier, lorsque la famille formule une allégation défendable d’homicide illégal commis par des agents de l’Etat, la notion de recours effectif, au sens de l’article 13, implique, outre le versement d’une indemnité là où il convient, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l’identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif de la famille à la procédure d’enquête (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts Aksoy et Aydın précités, p. 2287, § 98, et pp. 1895-1896, § 103, respectivement). Vues sous cet angle, les exigences de l’article 13 vont plus loin que l’obligation procédurale que l’article 2 fait aux Etats contractants de mener une enquête effective (paragraphe 86 et 87 ci-dessus)”.

127. CorteEDH, *Güleç c. Turquía*, 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. CorteEDH, *Paul et Audrey Edwards c. Turquía*, 14 de marzo de 2002, §§87 y 97. Se puede preguntarse 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. CorteEDH, *Velikova c. Bulgaria*, 18 de mayo de 2000.

23. Es nuevamente 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 cual influyó el europeo. En el ya citado asunto *Öcalan*, el impacto de la jurisprudencia interamericana combinada con la doctrina del Comité de las Naciones Unidas fue decisiva para convencer la CorteEDH de hacer suya 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. En pos de citar de manera expresa junto a 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)”, la CorteEDH 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 tal pena tiene que ser un tribunal independiente e imparcial en el sentido de la jurisprudencia de la Corte (casos *Incal c. Turquía, 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); por otro lado, por ailleurs, la normas de equidad más estrictas y más rigurosas tienen que ser seguidas en el procedimiento penal tanto en primera instancia como en la 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 (ver en este orden de consideraciones, la resolución 1984/50 del Comité económico y Social de las Naciones Unidas y las decisiones del Comité de los derechos humanos de las Naciones Unidas citadas a los § 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 To-*

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.*, pp. 1093 y s.

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

bago (§§146-148) citados en los § 63 y 64 más arriba). 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 debe ser ‘accesible’ y ‘previsible’ según la acepción dada a éstos términos en la jurisprudencia de la Corte (*Amann c. Suiza* [GC], no 27798/95, §56, CEDH 2000-II, et *Rotaru c. Rumania* [GC], no 28341/95, § 52, CEDH 2000-V)

204. Deriva de la interpretación del artículo 2§1 desarrollada arriba que no está autorizada la ejecución de un condenado a muerte que no ha beneficiado de un proceso equitativo¹³².

132. CorteEDH, *Öcalan c. Turquía*, 12 de marzo de 2003. Traducidos 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 pa-

El observador del sistema americano no encontrará tales referencias sumamente originales; de hecho, el juez interamericano no vacila, desde los principios 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. Empero, en el contexto europeo tales referencias al derecho comparado de los derechos humanos aparecen novadores, la CorteEDH empezando únicamente éstos 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 aparece aquí a su apogeo, pues está puesto en marcha en el ámbito tan primordial de la pena de muerte.

24. El fenómeno de la procedimentalización abarca también, como dicho antes, el ámbito de las **relaciones interindividuales**. Pues como afirmó claro e inequívocamente la CorteEDH, 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 claro al respecto; otra solución hubiera sido totalmente incoherente del 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 tiempo, es evidente

ragraphes 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 ‘prévüe 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).

133. Es muy interesante notar que la CorteEDH hace mucho más referencia que en el pasado a la jurisprudencia de la CorteIDH: J-F. FLAUS, “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. CorteEDH, *Ergi c. Turquía*, 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

que aquella obligación no puede imponer una obligación insoportable y excesiva a las autoridades estatales¹³⁵. Tiene que evaluarla 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

25. La prohibición del artículo 3 CEDH es absoluta, no admite ninguna restricción y 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* –tomando expresadamente en cuenta la jurisprudencia del Tribunal penal por la antigua Yugoslavia¹³⁸. En este orden de consideraciones, es relevante notar que hoy día en Europa, es *todo uso* de la fuerza física, cual sea su nivel de intensidad, que cae debajo del artículo 3 CEDH; así, lo que se podía calificar antes de trato inhumano o degradante, obtiene hoy el *status* de tortura, sobre todo cuando los malos tratos provienen de las fuerzas

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 ‘reconnaître] 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. CorteEDH, DR, *Bromiley c. Reino Unido*, 23 de noviembre de 1999. En este caso, la Corte no admitió la demanda considerando que ningún elemento permitía afirmar que las autoridades hubieran podido saber o hubieran tenido que saber que el detenido –autorizado de salir afuera por un periodo determinado– mataría la hija de la demandante.

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

137. CorteEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, 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.

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 interesando un país considerado como protector de las libertades fundamentales, *i.e.* Francia– que ha puesto de relieve áquello nuevo razonamiento del juez europeo. Este consideró que no sólo el ConvenioEDH es “un instrumento vivo que tiene que ser interpretado a la luz de las condiciones actuales de vida”, sino que “el nivel creciente de exigencia en materia de derechos humanos” “implica paralela y ineluctablemente una más grande firmeza” (*Selmouni*, §101)¹³⁹.

Así, como lo aclara Luis-María Díez-Picazo, “con los términos ‘tortura’ y ‘tratos inhumanos y degradantes’ no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de ‘nociones graduadas’ 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 si misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). Así, en esta perspectiva gradualista, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes”¹⁴⁰.

En lo que concierne la prohibición acogida en el artículo 3 CEDH, será interesante aquí poner de relieve los casos más particulares tanto de las “personas privadas de libertad” –sobre todo los detenidos y claro también las que se encuentran en las oficinas de la policía–, cómo de los extranjeros, dos categorías de personas por las cuales el ConvenioEDH, 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

139. CorteEDH, *Selmouni c. Francia*, 28 de julio de 1999, §101: “*La Cour a déjà eu l’occasion de juger d’affaires dans lesquelles elle a conclu à l’existence de traitements ne pouvant être qualifiés que de torture* (arrêts Aksoy précité, p. 2279, § 64, Aydin précité, pp. 1891-1892, §§ 83-84 et 86). Cependant, compte tenu de ce que la Convention est un ‘instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles’ (voir, notamment, arrêts Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978, série A n° 26, pp. 15-16, § 31, Soering précité, p. 40, § 102, Loizidou c. Turquie du 23 mars 1995, série A n° 310, pp. 26-27, § 71), la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de ‘traitements inhumains et dégradants’, et non de ‘torture’, pourraient recevoir une qualification différente à l’avenir. La Cour estime en effet que le niveau d’exigence croissant en matière de protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l’appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques” (Lo subrayado es mío).

140. L-M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos fundamentales*, op. cit., 2° ed., 2005, pp. 229.

lagunas originarias del ConvenioEDH sean colmadas; las de tipo procedimental han sido descubiertas después de manera bastante natural, para que el sistema europeo sea caracterizado por una importante homogeneidad cual sea el derecho protegido (2).

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

26. Lo que sí hay que subrayar de inmediato es que el ConvenioEDH, a la diferencia del PIDCP (artículo 10§1) y de la ConvenciónADH (artículo 5§2 *in fine*¹⁴¹) –los cuales consideran que el **detenido** 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 afirmando que las condiciones de detención podían caer debajo del artículo 3¹⁴³. Después, fue la propia Corte la cual afirmó que “la justicia no pudiera pararse a la puerta de la cárcel”¹⁴⁴. En el importante caso *Kudla*, la CorteEDH decidió ir mucho más allá de tal “protección por carambola” al consagrar un nuevo derecho, el derecho de todo prisionero a ser “detenido en condiciones compatibles con el respeto de

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).

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

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

144. CorteEDH, *Campbell y Fell c. Reino-Unido*, 28 de junio de 1984, §69. Ver el estudio general de la juez belga en la CorteEDH: 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.

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 en la materia.

27. En este mismo orden de consideraciones, la protección ofrecida al origen a los **extranjeros** por el ConvenioEDH sufre de una doble laguna si la comparamos con los 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 PactoIDCP. Al respecto, la Convención ADH 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 ConvenioEDH no contiene ni una cláusula sobre las **expulsiones**, a la diferencia esta vez del PIDCP (artículo 13), de la Carta africana (artículo 12§4) y claro de la ConvenciónADH (artículo 22§6)¹⁴⁸.

Este vacío normativo inicial fue colmado pero de manera incompleta, es decir en la sola materia de las expulsiones y eso merced a dos protocolos adicionales cuyas consecuencias prácticas fueron además bastante limitadas.

145. CorteEDH, *Kudla c. Polonia*, 26 de octubre de 2000, §94: “Néanmoins, l'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis”. v. F. SUDRE, “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”.

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 momento, existe una sola decisión sobre el fondo –la decisión *Conka*¹⁴⁹– en la materia en la cual la CorteEDH definió la “expulsión colectiva”. Se trata de

“una medida que obliga a extranjeros, como grupo, de quitar un país, salvo en los casos dónde tal medida está tomada después y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo”¹⁵⁰.

Secundo, es el artículo 1 del protocolo 7 el cual ofrece al extranjero unas garantías procesuales minimales 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 sobre el territorio del Estado parte”¹⁵¹.

Fue sobretodo la jurisprudencia la cual permitió al sistema convencional europeo de permitir un trato y una protección decentes para con 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 ConvenioEDH a unos otros que no lo son. 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 ConvenioEDH. En este orden de consideraciones, la decisión de alejar un extranjero no puede ser al origen de la violación del derecho de no ser expulsado o devuelto a otro país (extraditado), pues no está como tal protegido por el ConvenioEDH, pero sí puede ser la causa de la violación de otros derechos protegidos, ellos sometidos al control de la CorteEDH. Tal protección *indirecta* se desarrolló sobre todo merced a derechos como él de no sufrir tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes. Basta con una decisión de expulsión o de extradición que infringe un derecho protegido por el ConvenioEDH para que el extran-

149. La CorteEDH había ya examinado esta cláusula; empero había rechazado el examen sobre el fondo v., CorteEDH, DR, *Andric c. Suecia*, 23 de febrero de 1999 (n° 45917/99, Section 1).

150. CorteEDH, *Conka c. Belgica*, 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. CorteEDH, DR, *Voulofitch y otros c. Grecia*, 13 de enero de 1993.

jero pueda invocar la violación de éste y beneficiar de la protección de la CorteEDH.

28. Fue con el famosísimo asunto *Soering*¹⁵² que tal construcción pretoriana fue creada y que el sistema europeo reanudó 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 trato inhumano cuando toma una decisión de alejamiento del territorio contra un extranjero que tiene como resultado de exponerle a un riesgo real de tortura o de tratos inhumanos o degradantes en el país de destino. Esta política jurisprudencial se aplica 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 llama en francés un “refoulement”, es decir, un caso específico de alejamiento del territorio (*Vilvarajah*)¹⁵⁴.

29. Aquí, el riesgo abarca 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 la CorteEDH 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 la CorteEDH que la ejecución de tal pena constituye un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 CEDH. Así, a la diferencia del caso *Soering* en el cual era el sólo “síndrome del corredor de la muerte” que se consideraba *per se* como un trato inhumano y degradante, con el caso *Öcalan* es la pena de muerte en sí misma que lo es: 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 ConvenioEDH, tal cómo la lapidación. En el asunto *Jabari*¹⁵⁵, el juez europeo consideró que la expulsión de la víctima hacia Iran, país en el cual en virtud de la ley islámica puede ser sometida al apedreamiento por motivo de adulterio es contrario al artículo 3.

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

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

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

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

El riesgo puede también radicar 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 un par de años, la CorteEDH 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*, la Corte tomó en consideración que el demandante, al ser expulsado hacia 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 que realiza 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, 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

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

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

158. CorteEDH, *D. c. Reino Unido*, 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).

expulsión de un individuo en fase terminal del Sida constituye un trato contrario al artículo 3 a partir del momento en que ninguna asistencia medical apropiada existe en su país de origen. De manera comprensible, la Corte 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.

2. El juego de las obligaciones sustanciales y procedimentales

30. Todas “las personas privadas de libertad”, que pueden ser extranjeras –las que están interrogadas por la policía en sus oficinas¹⁶¹, como claro los detenidos¹⁶²– tienen que ver su **integridad física** preservada según la interpretación de los artículos 1 y 3 CEDH¹⁶³. La CorteEDH estima que unas condiciones de detención objetivamente inaceptables –aula sin aire, calor insoponible, sobrepoblación, ausencia de cama, condiciones sanitarias indecentes– infringan la dignidad humana, provocando en las personas un sentimiento de desesperanza y de inferioridad que le rabajan, le humilian cuando no ponen

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

160. CorteEDH, DR, *Arcila Henao c. Países Bajos*, 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”.

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

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

163. Otra cosa es la obligación negativa que consiste a 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 meta es rebajarle o humillarle. Así, una búsqueda integral (*fouille intégrale*) tiene que ser ejecutada de manera adecuada en el respeto de la persona: CorteEDH, *Valasinas c. Lituania*, 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 constituye” una forma de trato inhumano: CorteEDH, *Lorsé c. Países Bajos*, 4 de febrero de 2003; CorteEDH, *Van der Ven c. Países Bajos*, §63.

fin a toda resistencia. En presencia de tales condiciones miserables de detención, la CorteEDH constata una violación de la interdicción de todo “trato degradante”¹⁶⁴, apoyándose muy a menudo, cuando no siempre (cuando existen), sobre las constataciones 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 del 26 de noviembre de 1987¹⁶⁵.

31. Las autoridades de los reclusorios tienen también la obligación de proteger la **salud** de los detenidos, protección que se desarrolla en tres rumbos.

1. Cuando la salud de una persona lo exige, hay que administrarle el trato medical adecuado. Aquí, la jurisprudencia se caracteriza por un giro jurisprudencial –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 alienados, 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, el alienado se suicidió después de haber sido puesto en una aula de aislamiento, consecuencia de una decisión disciplinaria. La Corte puso en evidencia “las graves lagunas” en la manera de no tomar en cuenta sus tendencias suicidarias (§116)¹⁶⁸.

2. Cuando un detenido es demasiado viejo o/y cuando no puede soportar desde el punto de vista medical su detención –sufriendo de una muy gra-

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

165. Aquel Convenio entró en vigor el 1° de febrero de 1989.

166. CorteEDH, *Herczegvalfy c. Austria*, 24 de septiembre de 1992, serie A 244, §82; CorteEDH, *Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V, p. 1966, § 66.

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

168. CorteEDH, *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*”. (Lo subrayado es mío). Pasa lo mismo con las personas que están adictas a drogas, v. CorteEDH, *McGlinchey y otros c. Reino Unido*, 29 de abril de 2003.

ve enfermedad que requiere tratos médicos importantes— tiene que obtener su puesta en libertad; en el caso contrario, la violación del artículo 3 puede ser constatada. La dialéctica “enfermedad y pena privativa de libertad” fue puesta en la plaza pública europea con el caso *Papon*, antiguo jefe francés quien colaboró durante la segunda guerra mundial con los nazistas y encarcelado después de un proceso largo en el cual su culpabilidad fue reconocida. La Corte, en este caso, no consideró que la salud del señor Papon fue puesta en peligro a quedarse encárcelado, pero sí inauguró su nueva doctrina¹⁶⁹. Fue en el caso *Mouisel* en el cual condenó Francia al constatar que la víctima había sufrido tratos inhumanos y degradantes al obtener difícilmente en la cárcel la asistencia médica contra el cáncer¹⁷⁰.

3. Por fin, la última consecuencia de la obligación de asegurar “la salud y el bien estar” del detenido implica que una persona minusválida tiene que aprovechar de condiciones de detención adaptadas a sus necesidades específicas¹⁷¹.

169. CorteEDH, DR, *Papon c. Francia*, 7 de junio de 2001.

170. CorteEDH, *Mouisel c. Francia*, 14 novembre 2002, §38: “*La Convention ne comprend aucune disposition spécifique relative à la situation des personnes privées de liberté, a fortiori malades, mais il n’est pas exclu que la détention d’une personne malade puisse poser des problèmes sous l’angle de l’article 3 de la Convention* (Chartier c. Italie, rapport de la Commission du 8 décembre 1982, D.R. 33, pp. 41-47, DeVarga-Hirsch c. France, no 9559/81, décision de la Commission du 9 mai 1983, D.R. 33 p. 158, B. c. République Fédérale d’Allemagne, no 13047/87, décision du 10 mars 1988, D.R. 55 p. 271). Au sujet d’un détenu souffrant d’affections liées à une obésité de caractère héréditaire, la Commission européenne n’a pas conclu à une violation de l’article 3 de la Convention car le requérant bénéficiait des soins appropriés à son état de santé. Elle a cependant considéré que la détention, en tant que telle, entraînait inévitablement des effets sur les détenus souffrant d’affections graves. Elle prenait le soin de préciser qu’elle ‘ne saurait exclure que dans des conditions d’une particulière gravité l’on puisse se trouver en présence de situations où une bonne administration de la justice pénale commande que des mesures de nature humanitaire soient prises pour y parer’ et concluait qu’elle serait ‘sensible à toute mesure que les autorités italiennes pourraient prendre à l’égard du requérant, soit afin d’atténuer les effets des détention, soit afin d’y mettre fin dès que les circonstances le demandent’ (Rapport Chartier précité, pp. 48-49). *La Cour, quant à elle, a récemment rappelé que le maintien en détention pour une période prolongée d’une personne d’un âge avancé, et de surcroît malade, peut entrer dans le champ de protection de l’article 3 même si, dans cette décision, elle avait conclu que le grief tiré de cette disposition était en l’espèce manifestement mal fondé* (voir *Papon c. France* précité). *L’état de santé, l’âge et un lourd handicap physique constituent désormais des situations pour lesquelles la capacité à la détention est aujourd’hui posée au regard de l’article 3 de la Convention en France et au sein des Etats membres du Conseil de l’Europe* (voir §§ 26, 27, 29 et 30 ci-dessus)”. (Lo subrayado es mío).

171. CorteEDH, *Price c. Reino Unido*, 10 de julio de 2001, §30: “En l’espèce, rien ne prouve l’existence d’une véritable intention d’humilier ou de rabaisser la requérante. *Toutefois, la Cour estime que la détention d’une personne gravement handicapée dans des condi-*

32. El movimiento de procedimentalización no dejó al lado el artículo 3 y la prohibición absoluta que consagra. De manera lógica y coherente, la CorteEDH consideró que la combinación de los artículos 3 y 1 CEDH crea al cargo de 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 las manos de la policía, graves malos tratos ilícitos”. Al no ser así, sería la puerta abierta a la “casi-impunidad de los agentes del Estado”¹⁷². Así la víctima –sea en las oficinas policiales¹⁷³ sea en cárcel¹⁷⁴– puede prevalecerse de una obligación procedimental. Existe sin embargo una diferencia con la procedimentalización del artículo 2 CEDH. De hecho, la Corte en el 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– absorba la obligación de investigar de manera efectiva¹⁷⁵.

tions où elle souffre dangereusement du froid, risque d'avoir des lésions cutanées en raison de la dureté ou de l'inaccessibilité de son lit, et ne peut que très difficilement aller aux toilettes ou se laver constitue un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Dès lors, elle conclut à la violation de cette disposition en l'espèce”. (Lo subrayado es mío)

172. CorteEDH, *Assenov y otros c. Bulgaria*, 28 de octubre de 1998, §102: “La Cour considère que, dans ces conditions, lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, de graves sévices illégitimes et contraires à l'article 3, cette disposition, combinée avec le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1 de la Convention de ‘reconnaître à toute personne relevant de [sa] juridiction, les droits et libertés définis (...) [dans la] Convention’, requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective. Cette enquête, à l'instar de celle résultant de l'article 2, doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables (voir, en ce qui concerne l'article 2 de la Convention, les arrêts McCann et autres c. Royaume-Uni du 27 septembre 1995, série A n° 324, p. 49, § 161, Kaya c. Turquie du 19 février 1998, Recueil 1998-I, p. 324, § 86, et Yasa c. Turquie du 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, p. 2438, § 98). S'il n'en allait pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale (paragraphe 93 ci-dessus), l'interdiction légale générale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique (ibidem), et il serait possible dans certains cas à des agents de l'Etat de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits de ceux soumis à leur contrôle” (Lo subrayado es mío).

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

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

175. CorteEDH, *Ilhan c. Turquía*, 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,

33. Consideraciones finales

Las mejores aportaciones de la jurisdicción europea en materia de Derecho penal nos permite 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 humano”¹⁷⁶.

Las técnicas de interpretación de la CorteEDH 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 el ámbito de las garantías del ConvenioEDH (teoría de las “naciones autónomas” que se aplica también a ciertas “materias” como la penal, 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 tal contexto, sí es verdad que el derecho penal y los principios básicos que le rigen sufren una cierta dosis de metamorfosis. El movimiento de “autonomización” tiene como consecuencia de mitigar la especificidad de las nociones de derecho penal como del ámbito penal, hasta el punto de afectar

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 (Lo subrayado es mío).

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.

el carácter concreto de principios claves como el de legalidad penal. En el mismo orden de ideas, la voluntad de proteger de manera eficaz los derechos sustantivos desemboca sobre construcciones jurisprudenciales novadoras (como la “presunción de muerte” en el caso de desapariciones forzadas) y lejanas de la ortodoxía penal, pero que permiten en el mismo tiempo incrementar el nivel de las obligaciones del Estado para con las personas que se encuentran debajo de su jurisdicción.

ANEXO

Extractos de las disposiciones de la CEDH y de la CADH

<p style="text-align: center;">CEDH Strasbourg 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>

LA CORTE EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL

	<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 casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.</p>
<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>.../...</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</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, so-</p>

<p>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 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>bre 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>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 pe-</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</p>

<p>nal 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>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 inculcado 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>Protocolo n° 6 a la CEDH Firma, 28 de abril de 1983 Entrada en vigor, 1° de marzo de 1985</p>	<p>Protocolo n°1 a la CADH Firma, 8 de junio de 1990 Entrada en vigor, 28 de agosto de 1991</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 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. 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 Protocolo invocando el artículo 15 del Convenio.</p>	<p>Artículo 2</p> <ol style="list-style-type: none"> 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>Protocolo n° 13 a la 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>	