

COLECCIÓN «PENALCRIM» J.M. BOSCH EDITOR



**PRINCIPIOS
Y GARANTÍAS
PENALES Y
PROCESALES
EN LA
DOCTRINA
DE LA CIDH
Y EL TEDH**

**JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ**
COORDINADORES

AUTORES

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA
JUAN M. TERRADILLOS BASOCO
DANIEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ
FRANCISCO J. DALL'ANESE
GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
PATRICIA VARGAS GONZÁLEZ
KAI AMBOS
CARLOS TIFFER SOTOMAYOR
GLORIA GONZÁLEZ AGUDELO
DOUGLAS DURÁN CHAVARRÍA
ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ
GISELLE BOZA

JMB
BOSCH EDITOR


Editorial Jurídica Continental

La importancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la integración del mismo, dentro del Derecho interno de los diversos Estados, como derecho aplicable, le ha conferido un carácter constitucional o supraconstitucional.

La relevancia que ha adquirido el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, les ha llevado a compartir muchas de sus decisiones con una cierta frecuencia.

En la presente obra, profesores españoles, costarricenses y alemanes escriben sobre la doctrina europea y centroamericana corroborando ese diálogo entre el Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con este primer título «*Principios y garantías penales y procesales en la doctrina de la CIDH y el TEDH*» y con la voluntad de llevar esta obra al mayor nivel de difusión posible, se ha materializado un acuerdo de colaboración entre Editorial Jurídica Continental de Costa Rica, 1997 y J.M. Bosch Editor de España -cuyos orígenes se remontan a 1889- para publicar esta obra en ambos países con idéntico contenido, reflejando un esfuerzo de divulgación científica conjunto, sobre una materia que trasciende los marcos del interés jurídico y político criminal nacionales y dando así comienzo a una serie de ediciones jurídicas de calidad, con autores de ambas regiones.



**Principios y garantías
penales y procesales
en la doctrina de la
CIDH y el TEDH**

JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ

COORDINADORES

PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES EN LA DOCTRINA DE LA CIDH Y EL TEDH

AUTORES

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA
JUAN M. TERRADILLOS BASOCO
DANIEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ
FRANCISCO J. DALL'ANESE
GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
PATRICIA VARGAS GONZÁLEZ
KAI AMBOS
CARLOS TIFFER SOTOMAYOR
GLORIA GONZÁLEZ AGUDELO
DOUGLAS DURÁN CHAVARRÍA
ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ
GISELLE BOZA

2022

JIB
BOSCH EDITOR



Editorial Jurídica Continental

Esta obra ha sido examinada por los siguientes miembros del Comité Científico editorial:

Dr. Alfredo Abadías Selma. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, UNIR

Dr. Miguel Bustos Rubio. Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Internacional de La Rioja

© MARZO 2022 JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ
COORDINADORES

© MARZO 2022  **BOSCH**
EDITOR
Librería Bosch, S.L.
<http://www.jmboscheditor.com>
<http://www.libreriabosch.com>
E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19045-44-7
ISBN digital: 978-84-19045-45-4
D.L.: B 6583-2022

ISBN EJC, Costa Rica: 978-9930-520-94-9

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Colección «Penalcrim» J.M. Bosch Editor

Coordinadores del Comité Científico

Dr. Alfredo Abadías Selma

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología
Universidad Internacional de La Rioja

Dr. Miguel Bustos Rubio

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja

Miembros del Comité Científico

Dra. María del Carmen Armendáriz León

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Ignacio Berdugo Gómez De La Torre

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Sergio Cámara Arroyo

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación
a Distancia UNED

Dra. Beatriz Cruz Márquez

Profesora Titular de Derecho Penal
y Criminología
Universidad de Cádiz

Dr. Bernardo Feijoo Sánchez

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

Dr. Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

Dr. Octavio García Pérez

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Dra. Alicia Gil Gil

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Dra. María Concepción Gorjón Barranco

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. José León Alapont

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Dra. Paz Lloria García

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Dr. Víctor Manuel Macías Caro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Dr. Esteban Mestre Delgado

Catedrático Universidad de
Alcalá de Henares

Dr. Fernando Navarro Cardoso

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Dr. Félix María Pedreira González

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dra. Ana María Peligero Molina

Profesora Ayudante Doctora de Criminología
Universidad Internacional de La Rioja

Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Francisco Rodríguez Almirón

Profesor Derecho penal
Universidad de Granada

Dr. Enrique Sanz Delgado

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

Dr. Pere Simón Castellano

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Internacional de La Rioja

ÍNDICE

PRESENTACIÓN. Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez, Prof. Dr. Luis Ramón Ruiz Rodríguez	19
CAPÍTULO I	
LA DOCTRINA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO Y SU REFLEJO EN MATERIA PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. Carmen Tomás-Valiente Lanuza	27
1. Introducción. La doctrina general de las obligaciones positivas como contexto.....	28
2. ¿De la función protectora del Estado al reconocimiento de derechos de las víctimas? Relación de la Jurisprudencia del TEDH con la de la CIDH y con las construcciones del derecho de la víctima al castigo del autor.....	32
3. Las concretas obligaciones positivas del Estado en relación al ejercicio del <i>Ius Puniendi</i>	37
3.1. Deberes de criminalización y previsión legal de una pena suficiente	39
3.2. Deberes de investigación	42

3.3.	Deberes relativos a la celebración del proceso. Obstáculos procesales y prescripción	46
a)	Obstáculos normativos de índole procesal.....	46
b)	La prescripción.....	48
3.4.	Deberes de sancionar suficientemente: el control sobre la calificación y sobre el <i>quantum</i> de la pena impuesta	50
3.5.	Deberes de ejecución de la pena	55
3.6.	Algunas observaciones.....	56
4.	El deber estatal de evitar delitos	60
4.1.	El deber de evitar delitos graves previsibles contra personas concretas: el <i>test Osman</i>	61
4.2.	El deber de protección de la sociedad.....	67
4.3.	Algunas consideraciones.....	73
5.	Bibliografía.....	79

CAPÍTULO II

LEGALIDAD PENAL: TIPICIDAD, NO RETROACTIVIDAD, *NON BIS IN IDEM*. **Juan M. Terradillos Basoco**

1.	Introducción	83
2.	Legalidad penal	85
2.1.	Legalidad y tipicidad (<i>nullum crimen sine lege</i>).....	85
2.1.1.	<i>Nullum crimen sine lege poenalis</i>	86
2.1.2.	Remisión normativa	87
2.1.3.	Previsibilidad.....	89
2.1.4.	Legalidad y principios generales del Derecho	93
2.2.	Legalidad y pena (<i>nulla poena sine lege</i>).....	97
2.3.	Legalidad e irretroactividad (<i>nullum crimen, nulla poena sine praevia lege</i>).....	101
3.	<i>Non bis in idem</i>	104
3.1.	<i>Non bis in idem</i> administrativo y administrativo-penal	105
3.2.	<i>Non bis in idem</i> penal	110
4.	Bibliografía.....	112

CAPÍTULO III

LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PENAL DE APELACIÓN O CASACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Daniel González Álvarez**

1.	Introducción	116
----	--------------------	-----

2.	Las funciones de los tribunales de alzada en los Códigos latinoamericanos	120
3.	El derecho al recurso como un mecanismo de garantía de derechos humanos..	124
4.	Características fundamentales del recurso contra la sentencia penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana	130
4.1.	Recurso ordinario	131
4.2.	Recurso accesible.....	131
4.3.	Recurso eficaz.....	132
4.4.	Recurso integral	132
4.5.	Recurso disponible	133
4.6.	Recurso inmediato	134
5.	Competencia de la Corte Interamericana para conocer de las impugnaciones	135
6.	La competencia del Tribunal de Alzada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana	138
6.1.	Flexibilidad en la admisión del recurso	138
6.2.	Deber de realizar un análisis amplio y exhaustivo sobre los motivos de agravio	141
6.3.	Deber de realizar efectiva tutela judicial.....	144
6.4.	Deber de analizar hechos y prueba en segunda instancia	146
6.5.	Posibilidad de utilizar prueba indiciaria, circunstancial y presunciones	148
6.6.	Deber de fundamentar la decisión en alzada	151
6.7.	Funciones y tareas objetivamente regladas.....	152
7.	Unas reflexiones finales sobre las funciones de los Tribunales de Alzada.....	154
8.	Bibliografía.....	158
9.	Resoluciones	161
9.1.	De la Corte Interamericana de Derechos Humanos	161
9.2.	Del Tribunal Constitucional de Costa Rica	162

CAPÍTULO IV

DERECHO A RECURRIR LA SENTENCIA PENAL. Francisco J. Dall’Anese		163
1.	Introducción	163
2.	Juicio oral y recurso	165
3.	Caso Herrera Ulloa	170
4.	Recurso efectivo y admisibilidad.....	175
4.1.	Recurso de apelación de sentencia.....	176
4.2.	Recurso de Casación	176
5.	Conclusión	178
6.	Bibliografía	179

CAPÍTULO V

LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA, LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Guillermo Portilla Contreras	181
1. Introducción.....	182
2. La Prohibición de la tortura según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	184
2.1. La dignidad como bien jurídico	184
2.2. ¿Cómo distinguir las modalidades de tortura, tratos inhumanos y degradantes?	190
2.3. Sujeto activo de las acciones prohibidas por el artículo 3 del Convenio.	196
2.4. ¿Cabe en algún caso la exculpación del delito de tortura?	197
2.5. Denuncia de la práctica de torturas e inicio de la investigación por parte del Estado	199
2.6. El Estado como garante de las agresiones en fase de identificación, detención, o prisión	203
2.7. El uso innecesario de la fuerza policial y rigor innecesario en prisiones.	205
2.8. Penas y ejecución de penas inhumanas y degradantes	206
3. La condena por el TEDH de las torturas, cárceles secretas y entregas extraordinarias efectuadas por la CIA en cooperación con los servicios secretos europeos.....	209
3.1. El Parlamento europeo, las torturas de la CIA y la cooperación activa y omisiva de las democracias europeas	209
3.2. La jurisprudencia del TEDH sobre las «entregas extraordinarias», detenciones secretas y torturas practicadas por la CIA con la complicidad de los servicios secretos europeos.....	213
a) Primer precedente judicial: caso ABU OMAR y el TEDH..	213
b) Entregas extraordinarias y vuelos ilegales en Alemania.....	216
c) Participación activa y omisiva de funcionarios españoles en las detenciones ilegales y torturas practicadas por la CIA en España	217
d) Otras condenas del TEDH de las entregas extraordinarias y torturas practicadas por la CIA en Macedonia, Polonia, Lituania y Rumanía	230
4. Bibliografía.....	234

CAPÍTULO VI

A PROPÓSITO DE LA VIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA: ALGUNOS CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PENA DE MUERTE, LA TORTURA POR AGRESIÓN SEXUAL Y LOS TRATOS CRUELES Y DEGRADANTES EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN. **Patricia Vargas González** 237

1. Introducción 238
2. Sobre la pena de muerte 239
3. De la tortura por agresión sexual y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes 244
4. De los tratos inhumanos, crueles o degradantes en el ámbito penitenciario 253
5. Conclusiones 258
6. Bibliografía 259
7. Jurisprudencia citada 260

CAPÍTULO VII

A CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (Convenio Europeo de Derechos Humanos - CEDH). Observaciones preliminares sobre el artículo 5 y siguientes. **Kai Ambos** 263

Relación entre el CEDH y el Derecho nacional 264

1. Significado para el derecho procesal penal alemán 267
2. Ámbito de protección (párrafo 1, frase 1) 267
3. Licitud de la privación de libertad (párrafo 1, frase 2) 269
 - 3.1. Requisitos generales 269
 - 3.2. Los motivos concretos de detención 270
 - a) Privación de libertad en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente (letra a) 270
 - b) Detención por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley [letra b)] 271
 - c) La detención provisional, la prisión preventiva y la prisión provisional (letra c) 272
 - d) La privación de libertad de los menores (letra d) 273
 - e) La privación de libertad de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo (letra e) 274
 - f) Prevención de la entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición (letra f) 275

4.	Garantías procesales en caso de privación de libertad (párrafos 2-5).....	276
4.1.	General	276
4.2.	Derecho a la información (párrafo 2)	276
4.3.	Garantías procesales especiales para las personas detenidas y encarceladas en virtud del párrafo 1 (c) (párrafo 3).....	277
a)	Derecho a ser conducido sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales (p. 1, apartado 1)	277
b)	Derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad (p. 1, segunda parte)	278
c)	Derecho a la libertad condicionada a una garantía (p. 2).....	280
4.4.	Derecho a la revisión judicial de la detención (párrafo 4).....	280
4.5.	Derecho a la indemnización por daños y perjuicios (párrafo 5).....	282

CAPÍTULO VIII

EL CASO MENDOZA Y OTROS VS. ARGENTINA Y LA JUSTICIA PENAL JUVENIL. Prof. Dr. Carlos Tiffer Sotomayor

1.	Introducción	286
2.	Justicia Penal Juvenil y Derecho Internacional de los DDHH de los niños	287
3.	Caso Mendoza y otros vs. Argentina: Estándares derivados.....	290
3.1.	Presentación	290
3.2.	Síntesis del caso.....	292
3.3.	Estándares derivados de lo resuelto por la Corte IDH.....	294
a)	Prohibición de la aplicación de normas de la Justicia Penal de adultos a personas menores de edad	295
b)	Proscripción de tratos crueles e inhumanos: la prohibición de las penas perpetuas en perjuicio de personas menores de edad.....	297
c)	Atención médica adecuada.....	300
d)	Obligación de respetar y garantizar derechos: integridad personal, libertad personal y el Interés Superior del Niño	301
e)	Rechazo a la doctrina de la situación irregular para justificar la privación de libertad	303
f)	Garantías judiciales: protección a la vida e integridad de NNA.....	304
g)	Deber de adoptar disposiciones en el derecho interno	309
4.	La situación actual de la Justicia Penal Juvenil en Latinoamérica.....	311
5.	Comentarios finales.....	317
6.	Bibliografía.....	319

CAPÍTULO IX

LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS. LA SITUACIÓN EUROPEA. **Gloria González Agudelo.** 323

1. Introducción..... 324
2. Estándares universales y europeos para la protección y promoción de los derechos de los niños en la justicia penal juvenil 326
 - 2.1. Una justicia adaptada a los niños en Europa 329
3. Derechos de los niños en el sistema de justicia penal según el TEDH..... 332
 - 3.1. Interés Superior del niño en la justicia penal juvenil 335
 - 3.2. Resocialización 337
 - 3.3. Límites referidos a la edad 339
4. Derecho a un proceso equitativo 341
 - 4.1. Derecho a la participación..... 343
 - 4.2. Derecho a la asistencia letrada: presunción de inocencia y derecho a la defensa asesoramiento y representación..... 347
 - 4.3. Directivas procesales..... 349
5. Derechos de los niños en detención 351
 - 5.1. Prohibición de la tortura y condiciones de la detención 354
 - 5.2. Niños en detención administrativa 355
 - 5.2.1. Detención, internamiento y expulsión de Niños migrantes... 358
6. Víctimas de delitos 361
7. Reflexión final 363
8. Bibliografía..... 365

CAPÍTULO X

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO «INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR» VERSUS PARAGUAY Un referente jurisprudencial sobre el tema de los Derechos Humanos en materia de personas menores de edad en conflicto con la norma penal. **Douglas Durán Chavarría**..... 369

1. Introducción 370
2. Del procedimiento inicial ante la Corte 374
3. De los hechos que se tuvieron por demostrados 375
 - 3.1. Hechos probados relativos a las condiciones carcelarias en el Instituto 376
 - 3.2. Hechos probados relativos a aspectos jurídicos y del debido proceso 377
4. Sobre el fondo del asunto 378
 - 4.1. Sobre la posición de garante del Estado, el principio de dignidad humana y el principio del interés superior del niño 378

4.2.	Sobre los problemas de sobrepoblación carcelaria en el Instituto	381
4.3.	Sobre las condiciones de vida de los jóvenes reclusos en el Instituto y la pobre atención que se les brindaba.....	385
4.4.	Sobre el personal penitenciario en el Instituto	387
4.5.	Sobre los aspectos jurídicos en general y del debido proceso.....	390
a)	De la prisión preventiva	390
b)	Sobre la lentitud de los procesos a los que estaban sometidas las personas privadas de libertad en el Instituto	393
c)	Sobre la inexistencia, a la sazón, de un procedimiento y de unos tribunales especializados en materia de niños y niñas en conflicto con la ley.....	395
d)	Falta de separación entre niños y adultos	396
5.	Conclusiones	397
6.	Bibliografía.....	400
	Jurisprudencia	403

CAPÍTULO XI

	LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ACERCA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN UNA PERSPECTIVA COMPARADA Sobre los vasos comunicantes de la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales. Alfredo Chirino Sánchez	405
1.	Introducción	406
2.	Acápito primero: aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los derechos de los privados de libertad.....	411
3.	Acápito segundo: aporte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los derechos de los privados de libertad.....	418
4.	Acápito tercero: comparaciones, semejanzas, coincidencias y puntos a considerar.....	425
5.	A modo de conclusión: una reflexión necesaria sobre las personas privadas de libertad y el respeto a sus Derechos Humanos.....	430
6.	Bibliografía.....	433

CAPÍTULO XII

	LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SANCIÓN PENAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Giselle Boza	437
1.	Introducción	438
2.	Las expresiones sobre asuntos públicos como criterio de ponderación	440

3.	La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión.....	444
4.	La sanción penal y la libertad de expresión.....	450
5.	Las tendencias de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	455
5.1.	La sanción penal puede resultar desproporcionada: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica	455
5.2.	La medida penal no es contraria a la Convención: Caso Kímel vs. Argentina	461
5.3.	La sanción civil no siempre es la vía idónea. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.....	467
5.4.	Los Estados están obligados a la tutela judicial del honor: Caso Mé- moli vs. Argentina	470
5.5.	La sanción penal en expresiones de interés público es contraria a la Convención. Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela.....	475
6.	Conclusiones	478
7.	Bibliografía.....	479

Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez

Profesor emérito de la Universidad de Costa Rica

Prof. Dr. Luis Ramón Ruiz Rodríguez

Catedrático de la Universidad de Cádiz,
en Jerez de la Frontera

PRESENTACIÓN

Se parte de la importancia, a nivel universal, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la integración del mismo, dentro del Derecho interno de los diversos Estados, como derecho aplicable, lo que le ha conferido un carácter constitucional o supraconstitucional.

Debe resaltarse la relevancia que ha adquirido el diálogo entre Cortes, en particular entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de modo que con frecuencia en la toma de sus decisiones, tanto la Corte Interamericana, como el Tribunal europeo, se toman en cuenta entre sí.

En el presente volumen de la colección, escriben profesores españoles, costarricenses y alemanes. Esperamos que a través de ello se logre efectivamente un diálogo entre la doctrina europea y la centroamericana, que refleje, además, el diálogo entre el Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Debe mencionarse que la Convención Europea de Salvaguarda de los derechos del hombre y libertades fundamentales, de 1950, y la Convención

Americana de Derechos Humanos, de 1969, tienen como antecedente cercano, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948 y la declaración universal de derechos humanos de 1948, con respecto a la aprobación de las cuales, tuvo una gran influencia, la experiencia del quebranto extremo de la dignidad humana y de los derechos humanos, que se dio, por ejemplo, bajo el régimen nacionalsocialista. Sin embargo, no fue sino hasta la Convención Europea de Salvaguarda de los derechos del hombre y libertades fundamentales, que se llegó a aprobar, por la vía de un tratado internacional, un documento general sobre la protección de los derechos humanos. Este figuró como antecedente, con respecto a los derechos civiles y políticos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Debe destacarse, además, la importancia de la regulación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como órgano jurisdiccional de protección de los derechos humanos. El 21 de enero de 1959, fue establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo luego renovado el primero de noviembre de 1998, con la entrada en vigor del Protocolo 11 al Convenio de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. No fue sino hasta el caso *Lawless* contra Irlanda, de primero de julio de 1961, en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictó su primera sentencia de fondo. Antes de ello, había ordenado dos sentencias, pero sobre aspectos procedimentales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que había sido firmada en noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978, al reunirse la cantidad de ratificaciones necesaria, para la entrada en vigor. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Estatuto de la Corte Interamericana fue aprobado mediante Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las primeras sentencias de la jurisdicción contenciosa, fueron ordenadas el 26 de

junio de 1987, en el caso *Godínez Cruz Vs. Honduras*; el caso *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras* y el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Antes de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había dictado varias sentencias en la jurisdicción consultiva. Las primeras opiniones consultivas fueron resueltas el 24 de septiembre de 1982, siendo éstas: la Opinión Consultiva OC-2/82, sobre «El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Opinión Consultiva OC-1/82, sobre «Otros tratados». Debe mencionarse, además, la resolución dictada en la jurisdicción contenciosa, que declaró inadmisibile la autodenuncia que planteó el Gobierno de Costa Rica en el caso *Viviana Gallardo*, dictada el 15 de julio de 1981.

Puede apreciarse que la función jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, empezó a ejercerse varias décadas antes que la correspondiente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, debe destacarse el período largo que transcurrió desde la constitución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la primera sentencia dictada en la jurisdicción contenciosa.

Gran parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente, en sus primeros años, ha estado relacionada con el quebranto de los derechos humanos fundamentales, es decir el núcleo duro de los derechos humanos, en particular con casos de detenciones arbitrarias, práctica de la tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones forzadas. Muchas de esas sentencias, aun algunas de las dictadas más recientemente, se han ocupado de quebrantos de los derechos humanos que se produjeron durante las dictaduras latinoamericanas de la Seguridad Nacional. En el tema de las desapariciones forzadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció precedentes de gran importancia a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Varios de los artículos del presente libro, tanto, de los autores costarricenses, como de los europeos, están relacionados precisamente con los quebrantos extremos de la dignidad humana, que forman parte del núcleo duro de los derechos humanos, por ejemplo la prohibición de la tortura.

A través de los años, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha

diversificado en las temáticas a tratar, dentro de las cuales debe reconocerse, que sigue ocupando un lugar importante, la temática del sistema penal y los derechos humanos, el que trata el presente volumen.

En el caso costarricense, la Sala Constitucional ha reconocido el valor supraconstitucional de los tratados, e incluso otros instrumentos, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dentro de los que se incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los otros instrumentos internacionales del sistema interamericano de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, ha exigido un control de convencionalidad, por todas las autoridades estatales. Este control de convencionalidad, exige no solamente la aplicación por los diversos operadores del sistema jurídico de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y los otros instrumentos del sistema interamericano, sino también la aplicación de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun en asuntos en que el Estado no haya sido parte. A pesar de ello, el control de convencionalidad se ha dificultado en los diversos países latinoamericanos, de lo cual un ejemplo, es la falta de realización de un control de convencionalidad sobre las causales de prisión preventiva, en donde no se ha seguido lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que solamente ha admitido las causales de peligro concreto de fuga y de peligro concreto de obstaculización. En el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional, aunque ha admitido la exigencia de un control de convencionalidad, ha reclamado para sí el mismo, de modo que se ejerza un control concentrado de la convencionalidad y no uno de carácter difuso. A pesar de ello, no ha estado muy dispuesta la Sala Constitucional, en general, a llevar a cabo ese control de convencionalidad, de lo cual precisamente una expresión es en lo relativo a la regulación de la prisión preventiva, en el Código Procesal Penal.

En lo atinente a las sentencias dictadas en la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en contra de Costa Rica, destaca, especialmente, la dictada en el caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, el 2 de julio de 2004, que precisamente es tratada en varios de los artículos del presente libro. Cabe mencionar, la sentencia ordenada en el caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, de 25 de abril de 2018. La primera de ellas trata de temas como la libertad de expresión, el principio de imparcialidad de los

jueces y el derecho a recurrir, mientras la segunda sentencia, los presupuestos de la prisión preventiva, la duración de la prisión preventiva, las condiciones de privación de libertad, el derecho a recurrir y el principio de imparcialidad.

Por su parte, las resoluciones del TEDH, tienen plena validez en los sistemas jurídicos de los países firmantes, deviniendo esta obligación de reconocimiento en el ordenamiento jurídico español de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución, que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, siendo el propio tribunal quien se ha encargado de afirmar la obligatoriedad de su jurisprudencia *erga omnes*, especialmente, desde la sentencia *Irlanda c. Reino Unido*, STEDH de 18 de enero de 1978. Esta jurisprudencia afecta tanto a las violaciones de la Convención Europea de Derechos Humanos, como al establecimiento de los criterios que valoran dicha vulneración, pasando por el señalamiento de carencias de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte que sean relevante para la protección de los Derechos humanos.

En este sentido, resulta destacable la sentencia dictada en el denominado Asunto Riera Blume de 1997, porque permitió en su momento dictar una doctrina novedosa sobre los límites de la limitación de la libertad individual por parte de la autoridades, anclada en la necesidad de valorar circunstancias particulares de la detención en el tiempo, en el espacio y en las circunstancias del detenido que, hasta ese momento, no habían sido objeto de análisis directo por parte del TEDH, aunque el Auto del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2000 consideró que una sentencia del TEDH no puede considerarse en sí misma un cambio de jurisprudencia.

En cuanto a los diversos artículos del libro, debe hacerse mención a los relacionados con la justicia penal juvenil, en el ámbito americano y europeo, justicia que ha tenido un gran desarrollo a partir de la aprobación de la Convención de Derechos del Niño y de la Niña.

Por otro lado, debe resaltarse el desarrollo que se hace, en varios artículos, de las condiciones privación de libertad y los problemas del hacinamiento

carcelario. Este en Latinoamérica es una problemática de carácter crítica, tanto en la justicia penal juvenil, como en la de adultos.

El tema de la garantía del debido proceso, también ocupa varios de los artículos. Igualmente, debe destacarse el desarrollo de garantías básicas del sistema penal, como son: el respeto del principio de legalidad, la prohibición de retroactividad de la ley y el *non bis in ídem*.

En contra de la consideración de los derechos humanos, como obligaciones del Estado negativas de los Estados, que obligan a que se abstenga de quebrantarlos, es importante, el desarrollo que se hace en alguno de los artículos, que implican el deber estatal de actuación para preservar los derechos humanos. Se hace un desarrollo desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado numerosas sentencias sobre la temática, que se refleja, por ejemplo, en el deber de realizar una investigación seria y en un plazo razonable, de los quebrantos de los derechos humanos

Parte del desarrollo que se ha llevado a cabo de los derechos humanos en los últimos tiempos es el correspondiente a los derechos de las víctimas, que también es tratado en el presente libro. Se trata de un tema fundamental, relacionado con el acceso a la justicia, el derecho a ser oído y el derecho que se evite una nueva revictimización, por ejemplo. Por otro lado, no puede desconocerse que en gran parte del desarrollo que se ha hecho del derecho de las víctimas, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es sobre los derechos de aquellos que fueron víctimas, dentro del sistema penal, cuando se les había atribuido algún hecho que se consideraba delictivo, por las autoridades estatales.

La voluntad de llevar esta obra, y la colección que inaugura, al mayor nivel de difusión posible, se ha materializado a través de un acuerdo de colaboración entre las casas editoriales de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, y de España, J.M. Bosch Editor, para publicar esta obra en ambos países con identidad de contenidos, como un esfuerzo de divulgación científica conjunto sobre una materia que trasciende los marcos del interés jurídico y político criminal nacionales. Los Derechos humanos en los entresijos del Sistema penal constituyen una materia de tal magnitud y transversalidad, que el esfuerzo

editorial de acompasar ese alcance con esta doble publicación exige el reconocimiento y agradecimiento de autores y directores de la colección.

Alajuela y Jerez de la Frontera, 31 de enero de 2022

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Profa. Titular de Derecho penal
Universidad de las Islas Baleares

CAPÍTULO I

LA DOCTRINA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO Y SU REFLEJO EN MATERIA PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

SUMARIO: **1.** Introducción. La doctrina general de las obligaciones positivas como contexto. **2.** ¿De la función protectora del Estado al reconocimiento de derechos de las víctimas? Relación de la Jurisprudencia del TEDH con la de la CIDH y con las construcciones del derecho de la víctima al castigo del autor. **3.** Las concretas obligaciones positivas del Estado en relación al ejercicio del *ius Puniendi*. **3.1.** Deberes de criminalización y previsión legal de una pena suficiente. **3.2.** Deberes de investigación. **3.3.** Deberes relativos a la celebración del proceso. Obstáculos procesales y prescripción. **3.4.** Deberes de sancionar suficientemente: el control sobre la calificación y sobre el *quantum* de la pena impuesta. **3.5.** Deberes de ejecución de la pena. **3.6.** Algunas observaciones. **4.** El deber estatal de evitar delitos. **4.1.** El deber de evitar delitos graves previsibles contra personas concretas: el test Osman. **4.2.** El deber de protección de la sociedad. **4.3.** Algunas consideraciones. **5.** Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. LA DOCTRINA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS COMO CONTEXTO

La construcción de las obligaciones positivas del Estado se encuentra en nuestros días, como es conocido, absolutamente asentada en el quehacer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), lo que justifica con creces la intensa atención doctrinal que, tras unos años de difusión relativamente escasa, ha venido concitando de un tiempo a esta parte¹. A partir de la noción, de orientación marcadamente teleológica, de la protección «efectiva» de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) –según la cual la verdadera garantía del reconocimiento proclamado en su art. 1 no se conforma con la mera imposición a los Estados del deber de abstenerse de lesionarlos, sino que también les obliga a emprender determinadas actuaciones positivas destinadas a preservarlos–, el Tribunal ha desarrollado, de modo notablemente casuístico, un amplísimo conjunto de obligaciones estatales que han ido extendiéndose a todos los sectores del ordenamiento jurídico (civil, procesal, administrativo, laboral, o, en lo que aquí nos interesa, penal). Cualquier derecho convencional obliga al Estado a emprender las actuaciones razonablemente exigibles para protegerlo, y es precisamente esa falta de protección suficiente lo que –tras la correspondiente demanda ante el TEDH interpuesta por el ciudadano una vez agotadas sin éxito las vías de previstas por el ordenamiento interno– determinará la responsabilidad internacional de aquel por vulneración del CEDH. Si tenemos en cuenta la enorme amplitud del abanico de actuación estatal que con ello se abre a la revisión por el Tribunal, así como el hecho de que a esta doctrina le es inherente una

1 No pueden dejar de citarse, como trabajos monográficos pioneros, las obras de MOWBRAY, H., *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford, 2004, o XENOS, D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London-New York, 2012. Por mi parte, me ocupé del tema con cierta extensión en el trabajo «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret* 3/2016, pp. 1-73, cuyas ideas fundamentales (con la incorporación de jurisprudencia y aportaciones doctrinales publicadas o conocidas por mí con posterioridad) sirven de base a estas páginas.

relevancia siquiera mediata del CEDH en las relaciones entre particulares (pues a pesar de la falta de aplicabilidad directa del Convenio en este ámbito, lo cierto es que gracias a esta doctrina se genera responsabilidad estatal por la deficiente protección del derecho de un ciudadano frente a su vulneración por el particular que ni pertenece ni actúa por cuenta de ningún poder público)², bien puede decirse que esta construcción jurisprudencial constituye un ejemplo inmejorable del fenómeno de la expansión máxima de los derechos fundamentales (en este caso, convencionales)³.

Para contextualizar este conjunto de deberes estatales de protección de los derechos convencionales –extramuros todavía de las obligaciones de ejercicio del *ius puniendi* que constituirán el objeto central de este trabajo–, conviene resaltar la gran amplitud y variedad de obligaciones positivas asignadas al Estado, que como acaba de comentarse se orientan a la protección de los derechos de los ciudadanos tanto frente a ataques de terceros como frente a peligros de carácter más general. Así, en el ámbito concreto de la protección de la vida (art. 2 CEDH), por ejemplo, el Tribunal ha insistido en numerosas ocasiones en que sobre el Estado pesa la obligación de intervenir (ya sea a través de un marco regulativo apropiado, ya a través del control y la intervención fáctica) respecto de cualquier actividad, pública o privada, en la que aquella puede verse en peligro. De ahí que se haya apreciado responsabilidad de los Estados por no haber actuado con la debida diligencia en contextos tan diversos (por citar tan solo algunos ejemplos) como el mantenimiento de edificios⁴; la seguridad de los escolares⁵; la evitación de suicidios previsi-

2 Extensamente, subrayando la diferencia conceptual entre esta eficacia mediata y la dogmática de la *Drittwirkung*, ARZOZ SANTISTEBAN, X., «La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21 (2017), pp. 149-174, especialmente pp. 169 y ss.

3 ALEXY, R., «Sobre los derechos constitucionales a protección», en DEL MISMO, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 45-84, p. 47.

4 *Banel c. Lituania*, de 18 de junio de 2013 (muerte de un niño a causa del desprendimiento de un balcón causado por un defectuoso mantenimiento del edificio).

5 *İlbeyi Kemaloglu y Merive Kemaloglu c. Turquía*, de 10 de abril de 2012: la muerte de un niño de 7 años al intentar regresar solo a su casa durante una tormenta de

bles de personas que se encuentran bajo custodia (presos)⁶ o bajo otro tipo de dominio estatal (soldados en servicio militar obligatorio⁷); la prevención de desastres naturales⁸ o de ataques producidos por animales⁹; la regulación y control de industrias contaminantes (si bien a menudo este tipo de casos se analizan bajo el prisma del derecho al disfrute de la vivienda enmarcado junto al derecho a la vida privada y familiar en el art. 8 del Convenio)¹⁰, y, en general, el control de los nuevos riesgos tecnológicos¹¹, etc. ; y en esta misma línea, aunque no hayan dado lugar a ninguna condena, varias sentencias de los últimos años han valorado el alcance del deber positivo del Estado de proteger la vida en supuestos de decisiones médicas de retirar tratamientos a pacientes en condiciones extremas¹². Por su parte, en el ámbito del muy extenso derecho

nieve tras adelantarse el cierre de la escuela, al no haber comunicado las autoridades del colegio el cambio de horario al conductor del autobús escolar.

- 6 *Keenan c. Reino Unido*, de 3 de abril de 2001 (si bien se condena en concreto por infracción del art. 3), o *Shumkova c. Rusia*, de 14 de febrero de 2012. En cambio, no se condena en *Marro y Otros c. Italia*, de 8 de abril de 2014 (muerte por sobredosis en prisión, por las razones detalladas en prgfs. 43-45).
- 7 *Perevedentsevy c. Rusia*, de 24 de abril de 2014.
- 8 *Budayeva y otros c. Rusia*, de 29 de septiembre de 2008.
- 9 *Beru c. Turquía*, de 11 de enero de 2011 (no se condena por falta de previsibilidad del ataque).
- 10 Entre otras muchas, *Guerra y otros c. Italia*, Gran Sala, de 19 de febrero de 1998, o *Fadeyeva c. Rusia*, de 9 de junio de 2005.
- 11 No por casualidad se ha afirmado que «los derechos a la protección estatal constituyen los derechos fundamentales típicos de la sociedad del riesgo en la cual se dice que vivimos» (DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006.cit., p. 30).
- 12 *Lambert c. Francia*, de 5 de junio de 2015. En el contexto sanitario, insiste a menudo el Tribunal en la obligación de los Estados de disponer de regulaciones de la actividad hospitalaria protectoras de la vida de los pacientes (*vid.* entre otras *Erikson c. Italia*, de 26 de octubre de 1999, o *Calvelli and Ciglio c. Italy*, de 12 de enero de 2002); en cuanto a la compleja cuestión del deber de ofrecer a los ciudadanos unos mínimos de atención sanitaria, más que en ese aspecto general (de muy complejo control jurisdiccional, *vid.* p. ej. *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002, y sobre todo *Pentiacova y otros c. Moldavia*, de 30 de abril de 2003), el Tribunal se ha

del art. 8, por poner unos ejemplos muy distintos (que permitan dar una idea de la versatilidad de esta jurisprudencia y del carácter creativo que a menudo la acompaña), el Tribunal ha considerado, por ejemplo, que su protección obliga a los Estados a prever salvaguardas procedimentales en la adopción de determinadas decisiones especialmente complejas que puedan afectarlo (caso del aborto terapéutico)¹³, o a regular de forma suficientemente clara las condiciones que lo limiten (suicidio asistido)¹⁴.

Conviene hacer notar, por otra parte, que aunque en lo que sigue nos centraremos en la protección de los derechos frente a actuaciones *delictivas* de terceros, la obligación estatal se extiende por descontado también a actividades que no lo sean. Baste recordar, a título de ejemplo, la temprana condena a Austria por no haber protegido suficientemente la libertad de reunión del art. 11 al no impedir una contramanifestación que dificultaba el ejercicio de aquélla¹⁵; dos conocidas condenas a España relacionadas con el disfrute de la

centrado en la incompatibilidad con el Convenio derivada de que las autoridades pusieran en riesgo la vida del ciudadano al denegarle una atención médica que sí se proporciona a la población en general (*vid. p. ej. Chipre c. Turquía*, Gran Sala, de 10 de mayo de 2001, prgfs. 216-222). Sobre la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas a los derechos prestacionales, con ulteriores referencias jurisprudenciales, CARMONA CUENCA, E., «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político* N.º 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 1209-1238, especialmente pp.1228 y ss.

- 13 Así, en *Tysiac c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007 o, en sentido similar, *P. y S. c. Polonia*, de 30 octubre 2012. Sobre deberes positivos en relación con la determinación de la paternidad *vid. p. ej. Mikulic c. Croacia*, de 7 de febrero de 2002 (deber estatal de prever un cauce alternativo a las pruebas genéticas cuando el demandado se niegue a ellas, que permita la determinación de la paternidad en un plazo razonable).
- 14 *Gross c. Suiza*, de 14 de mayo de 2013. Dicha sentencia quedó sin embargo sin efecto tras la emitida por la Gran Sala (sentencia de 30 de septiembre de 2014) aunque no por motivos de fondo sino por haber sido dictada cuando la demandante ya había cometido suicidio (dato desconocido por el Tribunal en aquel momento).
- 15 *Plattform Ärzte für das Leben .c Austria*, de 21 de junio de 1988.

vivienda del art. 8, por no haber protegido el derecho ante las emanaciones de una depuradora y por haber tolerado un nivel de contaminación acústica que durante años excedía lo permitido por las propias ordenanzas municipales¹⁶; otra condena por no haber tomado las medidas adecuadas para posibilitar el derecho a la vida familiar de una madre y su hijo retenido en el extranjero por su progenitor¹⁷; o la condena a Finlandia (también en relación con el art. 8) por no haberse llevado a efecto en un hospital las medidas de seguridad legalmente previstas en el Derecho interno con el fin de impedir accesos indebidos a la historia clínica informatizada (con independencia de que dichos accesos se hubieran producido efectivamente o no)¹⁸.

2. ¿DE LA FUNCIÓN PROTECTORA DEL ESTADO AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS? RELACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH CON LA DE LA CIDH Y CON LAS CONSTRUCCIONES DEL DERECHO DE LA VÍCTIMA AL CASTIGO DEL AUTOR

Desde los mismos orígenes de la construcción de su doctrina de las obligaciones positivas, el Tribunal de Estrasburgo ha proyectado la idea sobre el ejercicio del poder punitivo y algunos otros cometidos estatales (como la evitación de delitos) muy directamente relacionados con aquel, dando lugar a una serie de exigencias que hoy son reiteradas como punto de partida de numerosísimas sentencias. En lo que se refiere al ejercicio del *ius puniendi* en sentido estricto, el Tribunal encadena como un *continuum* lógico (cada una de estas obligaciones carecería de sentido si no es seguida del resto) una serie de deberes referidos a, cuando menos, las vulneraciones de los derechos convencionales más relevantes. Se trata de los deberes de 1) criminalización y de

16 *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, y *Moreno Gómez c. España*, 16 de noviembre de 2004, respectivamente.

17 *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, de 29 de abril de 2003 (si bien en este caso podría hablarse de una retención constitutiva de delito por parte del padre).

18 *J c Finlandia*, de 17 de julio de 2008.

previsión de penas suficientes; 2) investigación de los hechos; 3) celebración del proceso; 4) imposición de sanciones suficientes, y 5) ejecución de las penas, cuyo cumplimiento por el Estado persigue, según reitera el Tribunal en infinidad de sentencias, el logro de un marco normativo y (en sentido amplio) administrativo capaz de disuadir a la ciudadanía de la comisión de delitos contra los derechos convencionales. Todas estas obligaciones serán objeto de estudio en el epígrafe III de este trabajo, mientras que en el epígrafe IV nos centraremos en las relacionadas con el deber de evitación fáctica del delito previsible.

Antes de adentrarnos en dicho análisis conviene sin embargo contextualizar algo más las ideas desarrolladas por el TEDH y las influencias que han nutrido su construcción en el ámbito penal. En este sentido importa señalar, para empezar, que aunque sí lo sea su aplicación como fuente directa de responsabilidad internacional estatal jurídicamente exigible, la idea de la atribución al Estado de la función de proteger o brindar *seguridad* a sus súbditos-ciudadanos frente a las agresiones de terceros no es en realidad, como puede suponerse, novedosa. De hecho, la función protectora del Estado ha sido destacada con frecuencia como la razón de ser misma del pacto social, en el que los ciudadanos renuncian a la autoprotección propia del estado de naturaleza a cambio precisamente de recibirla del Estado; una idea central en Hobbes¹⁹ pero presente también después en el pensamiento ilustrado, el primer liberalismo y el constitucionalismo europeo y norteamericano. De ella se han extraído, a su vez, numerosas proyecciones más concretas sobre el propio sentido del Derecho penal: se haga explícito o no, la noción de que es tarea del Estado proteger a sus ciudadanos subyace a una concepción preventivo-general de la pena centrada en la evitación del delito; por otro lado, el argumento puede sin duda utilizarse como fundamento mismo de las medidas de seguridad²⁰, por no hablar ahora de su uso con frecuencia tergiversador en

19 Analiza con detalle la cuestión en el pensamiento de Hobbes y Locke, GÜNTHER, K., «Responsability to Protect and Preventive Justice», en Ashworth/Zedner/Tomlin, *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2013, pp. 69-91, pp. 75 y ss.

20 Así, aunque en un plano muy general, por ejemplo FRISCH, W., «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal», *InDret* 3/2007, pp. 21-23.

el discurso mediático y político como base desde la que reclamar y legitimar, respectivamente, medidas penales de diversa naturaleza de corte asegurativo como las que desde hace años se vienen expandiendo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (el Estado no solo puede sino que debe protegernos –a «nosotros»– frente a «ellos» –los criminalmente peligrosos–).

Más allá de lo anterior, la tarea del TEDH a este respecto no se desarrolla, como es lógico, aisladamente. Dos influencias resultan especialmente notables: la del Tribunal Constitucional alemán y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²¹.

En lo que respecta al primero, y por más que el TEDH no suela servir de este concepto, toda esta construcción entronca directamente con la noción de la *prohibición de infraprotección* sentada en su día por el Tribunal Constitucional alemán, que –a partir inicialmente de la conocida concepción dual de los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos sino como «principios o valores objetivos» informadores de todo el ordenamiento– ha ido asignando al Estado una serie de obligaciones positivas destinadas a garantizarlos, que eventualmente alcancen la de brindarles protección penal²²;

21 Contrasta en cambio el enfoque de la jurisprudencia constitucional norteamericana, totalmente renuente a asignar al Estado deberes positivos de protección; vid. por ejemplo, los exhaustivos estudios de OREN, L. «The State's Failure to Protect Children and Substantive Due Process: DeShaney in Context», *North Carolina Law Review*, vol. 68, 1990, pp. 659-731; «Safari into the Snake Pit: The State-Created Danger Doctrine», *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 13, 2005, pp. 1165-1217; y «Some Thoughts on The State-Created Danger Doctrine: DeShaney is Still Wrong and Castle Rock is More of the Same», *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 16:1, 2006, pp. 47-63.

22 Ampliamente, AMBOS, K., «Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?», *RECPC* 22-15 (2020). Un repaso a las bases y evolución de la construcción del *Bundesverfassungsgericht* ofrece (de modo breve pero útil) GRIMM, D., «The protective function of the State», en Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, CUP, Cambridge 2005, pp. 137-155, pp. 144 y ss., o, más ampliamente y con numerosas referencias bibliográficas al estado de la cuestión de los deberes de protección en la doctrina constitucional alemana, CALLIESS, C., «Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», *JZ* 7/2006, pp. 321-372, pp. 321-

aunque suele aplicarse con mayor frecuencia respecto de una «deficiente» criminalización normativa, puede afirmarse que formulada en un sentido algo más amplio la idea de la infraprotección late sin duda en el conjunto de la jurisprudencia del TEDH que aprecia responsabilidad de los Estados por no haber satisfecho correctamente el resto de los deberes que estudiaremos.

La construcción del TEDH, por otra parte, se relaciona de modo especialmente estrecho con la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que sobre la misma noción de la protección o garantía «efectiva» de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 ha desarrollado también, como se sabe, su propia construcción de las obligaciones positivas del Estado, particularmente intensas en lo que se refiere al ejercicio del *ius puniendi* en determinados contextos (especialmente el de la criminalidad estatal). Aunque el objeto de estas páginas se limita a la jurisprudencia del TEDH sobre los deberes estatales positivos en materia penal y no se entrará a analizar la de la CIDH, sí interesa recordar un rasgo diferenciador relevante entre ambos cuerpos jurisprudenciales: a diferencia del TEDH, que con alguna pequeña salvedad que más adelante se comentará ha construido las obligaciones estatales en materia penal sin detrimento de las garantías del reo frente al ejercicio del poder punitivo, la Corte Interamericana —especialmente en el contexto de la valoración de determinados instrumentos de justicia de transición— ha considerado *imperativa* la eliminación de diversos límites convencionales al *ius puniendi* que pudieran impedir el castigo efectivo de los responsables de graves violaciones de derechos humanos (*non bis in idem* y cosa juzgada, derecho a ser juzgado en un plazo razonable, prohibición de retroactividad) y ha extendido su competencia temporal y sobre todo material mucho más allá de la propia de un tribunal internacional de derechos humanos (con la anulación de sentencias de tribunales nacionales y reapertura de procesos, la anulación de normas de Derecho interno —especialmente de amnistía— incluso aunque hubiesen sido adoptadas por el legislador

325; *vid.* igualmente, desde una perspectiva muy crítica, BOCKENFÖRDE, E.W., «Grundrechte als Grundsatznormen», en DEL MISMO *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am M., 1992, pp. 159-199, pp. 159-175. Para los problemas y críticas doctrinales a esta construcción de la prohibición de infraprotección me permito remitir a mi trabajo «Deberes positivos...», cit., pp. 29 y ss. y a la doctrina allí citada.

democrático y/o aprobadas en referéndum, o la imposición a los Estados de obligaciones de reparación que exceden con mucho la de una indemnización económica a víctimas concretas o a sus familiares)²³. A pesar de su general «buena prensa» entre organizaciones de defensa de los derechos humanos y la opinión pública, esta jurisprudencia supone el epítome (y como tal ha sido severamente criticada) del peligro inherente a la noción del derecho de las víctimas al castigo del autor: que ello se consiga en detrimento de garantías procesales y materiales del imputado²⁴. Una imputación que en cambio, no se formula contra el TEDH, cuya aproximación suele ser calificada de «prudente» por contraposición a la posición maximalista de la Corte Interamericana²⁵.

- 23 Sobre esta jurisprudencia detalladamente, entre otros muchos, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Parthenon, Madrid, 2007, pp. 235 y ss.; DONDÉ MATUTE, J., «El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* t. I (2010), KAS, Berlin/Montevideo, pp. 263 y ss., *passim*; o GIL, A., «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II (2011), KAS, Berlin/Montevideo, pp. 311 y ss., pp. 311-331.
- 24 Extremadamente críticos con la relativización de los límites y garantías, MALARINO, E., «Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Gil GIL/MACULAN, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 23 y ss., *passim*, donde llega a tildar esta jurisprudencia de la CIDH de «Derecho de excepción para las graves violaciones de derechos humanos» (p. 31); en aplicación también al poder penal internacional, con especial insistencia en los riesgos de expansión y generalización (el «efecto metástasis») de cualquier relativización de garantías, Pastor, D., 2006, pp. 173-189, así como en «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», *Nueva doctrina penal* (1), pp. 73 y ss., pp. 83-89 (con amplias referencias especialmente interesantes a la sentencia *Bulacio vs. Argentina*, de 18 de septiembre de 2003, como muestra de la extensión de la doctrina a casos individuales ajenos a la violación masiva de derechos humanos).
- 25 Así, GIL GIL, A., «Las aportaciones...», cit., pp. 311-331 (señalar las grandes diferencias entre ambos tribunales no impide a la autora advertir contra algunas

La mención a los «derechos de las víctimas» requiere de una ulterior precisión. Más adelante comentaremos²⁶ hasta qué punto la construcción del Tribunal de Estrasburgo viene a reconocer un derecho subjetivo de la víctima del concreto delito cometido a lo que podríamos sintetizar ahora como la «intervención penal» por parte del Estado; mientras que esta idea sí que late clara y en ocasiones incluso expresamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no puede decirse lo mismo de la del TEDH –pues aunque a mi juicio sí que anida en cierto modo en ella, lo hace de modo mucho más encubierto–. Ello no obstante, no puede dejar de mencionarse (siquiera a modo de apunte) la influencia de la jurisprudencia del Tribunal sobre construcciones doctrinales que (con importantes variaciones entre ellas) sí reconocen un cierto derecho de la víctima a la intervención punitiva del Estado, algunas de las cuales se remiten expresamente, como refuerzo de su argumentación, a la doctrina del TEDH objeto de este trabajo²⁷.

3. LAS CONCRETAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO EN RELACIÓN AL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI*

Conviene destacar el hecho de que, con independencia de que se formule desde una perspectiva más cercana a la del *Bundesverfassungsgericht* (los derechos fundamentales como valores objetivos informadores de todo el ordenamiento), o a la de la Corte Interamericana y algunas aproximaciones doctri-

aplicaciones retroactivas de la Convención y sobre todo de su propia competencia por parte del TEDH), o Ambos, K./Böhm, M.L., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?», en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, KAS, Montevideo, pp. 43 ss.

26 *Infra* III.6.

27 La cuestión no puede ser desarrollada aquí. Vid. ampliamente GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *InDret* 4/2016, así como TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)», *RGDP* 35 (2021).

nales (un cierto derecho de la víctima al castigo del autor), la construcción de las obligaciones positivas del Estado en materia penal supone la introducción de una perspectiva completamente distinta a la que siempre ha presidido la relación entre los derechos fundamentales/convencionales y el *ius puniendi* estatal; a la perspectiva clásica, centrada en los derechos del reo como límite al ejercicio (*potencialmente excesivo*) del poder penal –dimensión que por supuesto continúa desempeñando un papel esencial– se añade ahora la de una eventual vulneración por el Estado de derechos de la víctima del delito (sea la meramente «potencial» o también «actual») que trae causa de un ejercicio del poder punitivo contemplado como *potencialmente insuficiente*. Los derechos convencionales pasan así a incorporar una suerte de «pretensión punitiva»²⁸; por utilizar una expresión que ha hecho fortuna, dejan de ser meros escudos para convertirse (también) en espadas²⁹.

Como se anunciaba, en lo que sigue se intentará articular una visión de conjunto (que no totalmente exhaustiva, dado lo ingente de este cuerpo jurisprudencial) de la construcción de las obligaciones positivas en materia penal, no limitada a contextos específicos. Ello no implica desconocer, por supuesto, el gran interés de numerosos trabajos que sobre todo en los últimos años analizan la jurisprudencia del TEDH sobre obligaciones estatales desde una perspectiva sectorial, por ejemplo sobre violencia contra las mujeres³⁰ o sobre la trata de personas con fines de explotación³¹.

28 Especialmente contundente en la defensa de esta idea DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección penal», *REDC* núm. 78, 2006, pp. 333-372.

29 AMBOS, K., «Derecho penal y Constitución...», cit., p. 4, que a su vez la atribuye a la Jueza Christine van den Wyngaert. Adem

30 AÑÓN ROIG, M.J., «La violencia contra las mujeres como discriminación», *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXXI, núm. 280, Mayo-Agosto 2021, pp. 617-653, pp. 636 y ss.

31 Así, los exhaustivos trabajos de MILANO, V., «Uncovering labour exploitation: Lights and shadows on the latest European Court of Human Rights' case law on human trafficking», *Spanish Yearbook of International Law*, núm. 21, 2017, pp. 83-117, o «Human trafficking by regional human rights courts: an analysis in light of

3.1. Deberes de criminalización y previsión legal de una pena suficiente

El primer eslabón de esa cadena de obligaciones estatales necesarias para garantizar la protección efectiva de los derechos convencionales consiste, según el TEDH, en disponer de un marco legal que *disuada* eficazmente a los ciudadanos de cometer, cuando menos, las violaciones más graves sobre los derechos más importantes –lo que en muchas sentencias se identifica con los «valores esenciales»–, disuasión que sólo puede lograrse mediante la previsión de sanciones penales (seguida, como luego veremos, de su aplicación efectiva)³²; se dota así a las previsiones normativas (con las matizaciones que después se comentarán) de un sentido de prevención general negativa, al servicio de la evitación del delito futuro cometido sobre potenciales víctimas (titulares de los derechos convencionales).

A partir de parámetros tan indeterminados como estos (la importancia del derecho, la gravedad de su violación, la suficiencia de la pena prevista) no puede extrañar que el Tribunal insista en la necesidad de un enfoque prudente –presidido por el reconocimiento de un amplio margen de actuación a los Estados– como tampoco que las decisiones finales suelen adoptarse de modo marcadamente casuístico. Así, por ejemplo, en referencia al deber positivo del Estado de garantizar el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH, se afirma que «aunque la elección de los medios para asegurar el cumplimiento del art. 8 en el ámbito de la protección de los actos de los individuos entra, en principio, dentro del margen de apreciación del Estado, la disuasión efectiva contra los actos graves, en los que los valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada están en juego, requiere disposiciones eficientes en la legislación penal»³³, lo que en otra sentencia le lleva a concluir que «la protección

Hacienda Brasil verde, the first inter-american court's ruling in this área», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 36 (2018).

32 Entre otras muchas *Kilic c. Turquía*, 28 marzo 2000, prgf. 62, o *Giuliani c. Italia*, 25 agosto 2009, prgf. 205.

33 *K.U. c. Finlandia*, de 2 de diciembre de 2008. prgfs. 43 y 45. Lo que ese necesario «marco preventivo» frente a hechos muy graves no requiere es, en cambio, la pre-

efectiva contra la violación y el abuso sexual requiere medidas de naturaleza jurídico-penal»³⁴. En lo que se refiere a la lesión del derecho a la vida, el Tribunal ha excluido expresamente de la obligatoriedad de sanciones penales los homicidios no intencionales (en el ámbito de la práctica de la Medicina y en otros), para los que puede bastar la reparación civil³⁵, punto de partida que en sentencias posteriores ha determinado idéntica conclusión respecto de privaciones de libertad negligentes en el ámbito de la psiquiatría³⁶; en una compleja sentencia de la Gran Cámara de 2013, por otra parte, muestra el Tribunal sus propias dudas respecto de ciertos supuestos en el ámbito de la integridad moral del art. 8 del Convenio³⁷.

Más allá de ser reiterada en innumerables sentencias en las que en realidad no se trata de resolver sobre ello, la idea de que determinadas conductas graves han de encontrarse necesariamente previstas como delitos no suele ser aplicada, con todo, a supuestos de absoluta falta de tipificación de una conducta lesiva, que muy raramente se han planteado ante el Tribunal³⁸; más

visión a favor de la víctima de compensaciones económicas *ex gratia* por parte del Estado (*August c. Reino Unido*, de 21 de enero de 2003, en una demanda relativa a un abuso sexual a un menor, que no es siquiera admitida a trámite).

34 *M.C. c. Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003 (prgf. 186).

35 *Calvelli y Ciglio c. Italia*, de 12 de enero de 2002, prgf. 51; *Vo c. Francia*, de 8 de julio de 2004; *Byrzykowski c. Polonia*, de 27 de junio de 2006, prgf. 105; *Colak and Tsakiridis c. Alemania*, de 5 de junio de 2009, prgf. 30; *Eugenia Lazar c. Rumanía*, de 16 febrero 2010, prgf. 87.

36 *Akopyan c. Ucrania*, de 5 de junio de 2014, prgf. 89. En la línea casuística que venimos comentando, no excluye el Tribunal «que la protección efectiva del derecho a la libertad bajo el Convenio pueda exigir *redress* a través del Derecho penal, que pueda comportar, de ser necesario, una obligación positiva del Estado de disponer de disposiciones penales efectivas. Sin embargo, ello depende de las circunstancias de cada caso».

37 *Söderman c. Suecia*, Gran Sala, de 12 de noviembre de 2013, prgfs. 83-85, 108.

38 En el caso *CN c. Reino Unido*, de 13 de noviembre de 2012, prgfs. 70-82, la falta de delitos que captaran específicamente las violaciones del art. 4 CEDH (servidumbre y trabajo forzado) sirvió de base a la condena en tanto, según el TEDH, influyó en una investigación desenfocada de los hechos denunciados (únicamente centrada en los elementos del delito de trata, este sí tipificado).

frecuentes resultan, en cambio, las condenas por «defectos» de intervención penal de procedencia más indirecta. Pueden en este sentido identificarse dos grupos de argumentos que han dado lugar a condenas: la amplitud excesiva de causas de justificación, por un lado, y la injustificable lenidad del marco abstracto de pena, por otro. Dentro del primer grupo de supuestos encontramos sobre todo condenas relacionadas con la regulación del uso de las armas por parte de las Fuerzas de Seguridad: sobre la premisa de que el deber positivo del Estado de proteger la vida exige un marco normativo que configure una autorización muy limitada del empleo de aquéllas, dentro siempre de una estricta proporcionalidad, se ha condenado en diversas ocasiones por regulaciones excesivamente amplias o inconcretas cuya aplicación condujo a la absolución de los agentes estatales³⁹. En sentido similar, y en un caso muy conocido, la Corte consideró inadmisibles por contraria al art. 3 del Convenio (prohibición de trato inhumano y degradante) una regulación estatal que bajo el paraguas del derecho de corrección autorizaba castigos corporales severos a menores⁴⁰.

En segundo lugar, como se anunciaba, el Tribunal ha condenado también en casos en los que, aun existiendo leyes incriminadoras, las penas previstas resultan insuficientes a la luz de la importancia del derecho convencional vulnerado, e inidóneas para producir un verdadero efecto de prevención general: se aprecia con ello una suerte de vulneración del principio de proporcionalidad (en sentido estricto) «por defecto». Destaca en este último sentido la sentencia del famoso caso *Siliadin contra Francia*, de 4 de diciembre de 2005, en la que se condenó al país galo por prever unas penas insignificantes para conductas de explotación de trabajadores en condiciones incompatibles con el derecho del art. 4 CEDH⁴¹; años después, en un caso similar relativo al mismo

39 Vid. *Makaratzis c. Grecia*, de 20 de diciembre de 2004, o *Nachova y otros c. Bulgaria*, de 6 de julio de 2005, ambas de la Gran Sala.

40 *A c. Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1998, comentada entre otros por PARSONS, S., «Human rights and the defence of Chastisement», *Journal of Criminal Law*, 71 (2006-2007), pp. 308-317.

41 Art. 4.1 CEDH: «Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre». Art. 4.2: «Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio». Sobre esta sentencia, entre otros muchos, CULLEN, H., «*Siliadin v France*: posi-

precepto vuelve a condenarse a Francia⁴², aunque los motivos de la condena no fueron exactamente los mismos.

3.2. Deberes de investigación

Una vez sentadas las bases anteriores, la lógica argumentativa del Tribunal se encadena del siguiente modo: si de la garantía efectiva de los derechos se trata, no basta con la mera previsión normativa de las sanciones correspondientes, sino que es necesario que los Estados lleven a cabo una adecuada investigación de los hechos idónea para conducir al proceso y la sanción de los autores. Esta idea —que el Tribunal denomina expresamente vertiente «procesal» de los deberes estatales positivos— se ha utilizado sobre todo en relación a los derechos de los arts. 2 y 3 del Convenio (derecho a la vida y prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes) y especialmente en casos de desapariciones, homicidios o torturas cometidos por agentes estatales o grupos paramilitares, en los que la dejación de tales obligaciones resulta más frecuente (actuaciones contra la minoría kurda en Turquía, conflictos en Irlanda del Norte, Chechenia, investigaciones insuficientes de denuncias de torturas por detenidos miembros de grupos terroristas⁴³, etc.); en este contexto suele el Tribunal referirse a la necesidad de una investigación capaz de conducir a la identificación y castigo de los culpables, pues de lo contrario, «la obligación de

tive obligations under article 4 of the European Convention on Human Rights», *HRLR* 6:3 (2006) pp. 585-592.

- 42 *C.N. y V. c. Francia*, de 11 de octubre de 2012. Aunque el Tribunal se remite directamente a *Siliadin*, la sentencia no permite deducir claramente si la condena a Francia deriva de la previsión penal de un marco abstracto de pena considerado insuficiente o más bien del hecho de que en apelación se absolviera del delito imputado y a que dicha absolución no fuera recurrida por la Fiscalía ante la Corte de Casación, lo que ya nos situaría, en puridad, en el incumplimiento de ulteriores obligaciones estatales que examinaremos infra en el texto (prgfs.105-108).
- 43 Insuficiencias a este último respecto por las que España ha sido condenada en diversas ocasiones; vid. por ejemplo el repaso a las sentencias condenatorias realizado por RIBOTTA, S., «Tortura y malos tratos en la España democrática», *CEFD* núm. 43 (2020), pp. 172-182.

proteger el derecho a la vida y la prohibición de la tortura resultarían, a pesar de su importancia fundamental, ineficaces en la práctica, y en algunos casos sería posible para los agentes del Estado abusar con virtual impunidad de los derechos de aquellos bajo su control»⁴⁴.

Son numerosísimas las sentencias emitidas a este respecto por el TEDH, que han ido conformando una serie de estándares mínimos del procedimiento de investigación (por autoridad independiente del autor del hecho, sujeto a escrutinio público, en un plazo razonable, realizado de oficio en el caso de actuaciones delictivas de autoridades, que en todo caso deben ser cauteladamente suspendidas de sus funciones, con intervención de las víctimas, etc.)⁴⁵.

- 44 *Ali i Aise Duran c. Turquía*, 8 de abril de 2008, prgf. 60. Afirmaciones similares pueden encontrarse en muchas otras de las sentencias que citaremos a continuación. En los casos en los que el delito no investigado es una desaparición, el Tribunal suele condenar además por una vulneración directa de los derechos del art. 3 CEDH de los allegados de la víctima, por la angustia e incertidumbre derivada de la pasividad estatal. Sobre esto último, SWEENEY, J., «The elusive right to truth in transitional human rights jurisprudence», *ICLQ* vol 67, April 2018 pp. 353–387, pp. 372 y ss., donde da cuenta también de los antecedentes de la construcción de este deber estatal por otras instancias internacionales como el Comité de Derechos Humanos.
- 45 El punto de partida lo constituye la famosa *McCann c. Reino Unido*, 27 de noviembre de 1995. Entre muchísimas otras, *vid. Akkoc c. Turquía*, de 10 de octubre de 2000; cuatro sentencias contra Reino Unido por actuaciones en Irlanda del Norte, todas ellas de 4 de mayo de 2001 (*Hugh Jordan c. Reino Unido*, *Kelly y otros c. Reino Unido*, *McKerr c. Reino Unido*, y *Shanaghan c. Reino Unido*); *Khashiyev y Akayeva c. Rusia*, así como *Isayeva, Yusupova y Bazayeva c. Rusia*, ambas de 24 de febrero de 2005; *Sacavuzzo-Hager y otros c. Suiza*, de 7 de febrero de 2006; *Durdevic c. Croacia*, de 19 de julio de 2011; *B.S. c. España*, de 24 de julio de 2012 (con condena para España); *Medova c. Rusia*, de 15 de enero de 2009; *Tsechoyev c. Rusia*, de 15 de marzo de 2011; *Alikaj y otros c. Italia*, de 29 de marzo de 2011; *Gülaydin c. Turquía*, de 12 de febrero de 2013; *Mocanu y otros c. Rumanía*, de 17 septiembre 2014, o las recientes *Bouyid c. Bélgica*, sentencia de la Gran Cámara, de 28 de septiembre de 2015, *Turbylev c. Rusia*, de 6 de octubre de 2015. En muchas ocasiones, el Tribunal aprecia la responsabilidad internacional del Estado –incluso aunque finalmente se haya producido un proceso y una condena– sobre la base de una enorme dilación del procedimiento; en estos casos suele insistirse en el efecto negativo de esta sobre la eficacia preventiva del proceso (*vid. entre otras muchas Ebcin c. Turquía*, de

Conviene tener presente, no obstante, que con ser el del abuso estatal directo el núcleo en el que nace y mayoritariamente se aplica, y en el que los estándares se han perfilado de modo más exigente, la obligación de una correcta investigación capaz de determinar responsabilidades se ha establecido y exigido también en contextos distintos, como –entre otros– respecto de muertes acaecidas en hospitales, tanto públicos como privados⁴⁶ o en cualquier lugar bajo custodia estatal⁴⁷, muertes en circunstancias sospechosas⁴⁸, internamientos psiquiátricos dudosos y con empleo de violencia sobre el paciente⁴⁹, malos tratos a un menor discapacitado institucionalizado⁵⁰, o en delitos cometidos entre particulares (abusos sexuales⁵¹, violencia de género⁵², violencia religiosa⁵³, o incluso meras lesiones).

1 de febrero de 2011). Una síntesis reciente de estos estándares de la investigación puede encontrarse, por ejemplo, en la sentencia en el caso *Husayn (Abu Zubayda) c. Lituania* (2018), prgf. 608.

46 Así, en *Eugenia Lazar c. Rumanía*, de 16 febrero 2010, prg. 71.

47 En tales casos, la carga de la prueba de que se satisficieron las obligaciones positivas de proteger la vida recaen sobre el Estado (así, en un caso de muerte por infección de un joven que cumplía el servicio militar, *Metin Gültekin y otros c. Turquía*, de 6 de octubre de 2015, prgfs. 32-36).

48 *Ramtsev c. Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010; se condena a Chipre, entre otros motivos, por no haber investigado suficientemente la muerte de una joven sometida a trata con fines de explotación sexual (prgfs. 234-242).

49 *Bataliny c. Rusia*, de 23 de julio de 2015 (se insiste también aquí en la citada inversión de la carga de la prueba, de tal manera que competía al Estado ofrecer una explicación razonable sobre el origen de las heridas del paciente, prgfs. 110-113).

50 *L.R. c. Macedonia*, de 21 de enero de 2020 prgfs. 86-95.

51 *MP y otros c. Bulgaria*, de 15 de noviembre de 2011.

52 Entre otras muchas, *Tyagunova c. Rusia*, de 31 de julio de 2012 (*vid.* especialmente prgf. 65).

53 *97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y 4 más c. Georgia*, de 3 de mayo de 2007, o *Begheluri y Otros c. Georgia*, de 7 octubre 2014, en las que se condena por la total pasividad de las autoridades en la persecución de los autores (extremistas ortodoxos) de graves ataques contra miembros de la confesión religiosa de los Testigos de Jehová (de donde se derivó la vulneración tanto del derecho del art. 3 como de la libertad religiosa del art. 9).

Ahora bien, sobre todo cuando se trata de delitos entre ciudadanos particulares insiste el Tribunal en que tales obligaciones estatales no han de interpretarse en modo alguno en el sentido de que corresponda a la víctima una suerte de derecho a obtener el enjuiciamiento o condena de ninguna persona en particular: «la obligación de investigar no es una obligación de resultados, sino de medios; no toda investigación debe, necesariamente, tener éxito ni llegar a una conclusión que coincida con los hechos que denuncia el demandante»⁵⁴. Lo que se exige es que el Estado haya dado los pasos necesarios razonablemente exigibles para la obtención de pruebas, dentro de un plazo razonable⁵⁵, y de ahí que el Tribunal haya fallado en contra de demandantes en supuestos en los que, tras una investigación correcta y diligente, los hechos alegados no han podido ser probados⁵⁶.

Aunque el TEDH no suele utilizar esta terminología, las obligaciones estatales de investigación –seguidas, como ahora veremos, de las de celebración del proceso– entroncan directamente con el llamado «derecho a la verdad», tan asentado en el contexto del debate sobre la justicia transicional y utilizado con frecuencia por la CIDH, que lo trata ante todo como un derecho de las víctimas y en su caso sus allegados, pero que también le dota de una dimensión colectiva considerada la importancia del conocimiento público de lo realmente acaecido. En el caso del TEDH, alejado salvo excepciones del contexto de la justicia de transición, no suele utilizarse esta expresión, y de hecho el Tribunal suele preferir referirse a este deber estatal no como el correlativo de un derecho de la víctima sino más bien como un eslabón en la cadena de obligaciones orientadas a los fines de prevención general –la investigación, el proceso y la condena como elementos necesarios para lograr un efecto disuasorio de la comisión de delitos contra los derechos convencionales–; con todo, y al margen de la terminología, probablemente es esta específica obligación

54 *MP y otros c. Bulgaria*, de 15 de noviembre de 2011, prg. 111, o *Secic c. Croacia*, 31 de mayo de 2007, prg. 54.

55 Por no haberlo hecho se condena, por ejemplo, en *Secic*.

56 Así ocurre, por ej., en la antes citada *MP c. Bulgaria* (demanda interpuesta por familiares y niño que alegaba haber sido objeto de abusos sexuales por su padrastro); *Mantog c. Rumanía*, de 11 de octubre de 2007; o *Palic c. Bosnia y Herzegovina*, de 15 de febrero de 2011.

estatal la más claramente vinculada a un correlativo derecho de la víctima del delito (o, en el caso de fallecimientos y desapariciones, de sus allegados): son ellos los que ante todo detentan el derecho a conocer lo ocurrido, y los legitimados procesalmente ante el TEDH para demandar al Estado ante una dejación de su deber de investigación⁵⁷. Ello no es óbice, sin embargo, para que en los últimos años pueda apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal una cierta apertura a reconocer una dimensión más colectiva del derecho en determinados supuestos (graves violaciones de derechos humanos sobre cuyo conocimiento pueda asumirse un interés general), no como derecho autónomo sino derivada de los derechos a la libertad de expresión e información del art. 10 CEDH⁵⁸.

3.3. Deberes relativos a la celebración del proceso. Obstáculos procesales y prescripción

Conviene en este punto realizar una distinción entre la imposibilidad de celebrar un proceso derivada de lo que podríamos denominar obstáculos normativos de carácter procesal, de aquella otra que trae causa de la prescripción del delito.

A) OBSTÁCULOS NORMATIVOS DE ÍNDOLE PROCESAL

Aunque a veces se las presente como un bloque con las sentencias referidas en sentido estricto a los «deberes de criminalización», parece apropiado distinguir como un grupo específico las sentencias en las que la declaración de responsabilidad internacional trae causa de regulaciones estatales de carácter procesal como consecuencia de las cuales comportamientos gravemente lesivos de derechos convencionales no han podido ser juzgados y por ende, tampoco castigados. Así ocurrió (entre otras sentencias) en un conocido caso de

57 Expresamente LÓPEZ GUERRA, L., «El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22 (2018), pp. 11-30.

58 Desarrolla la cuestión el trabajo de LÓPEZ GUERRA, L., citado *supra*, pp. 25-29.

abuso sexual de una discapacitada psíquica que no pudo ser perseguido por una laguna legal en la regulación de la habilitación para denunciar⁵⁹; en el supuesto, también relativo a delito sexual, en el que la Fiscalía había renunciado a perseguir un hecho denunciado como violación por no haber prueba de la resistencia de la víctima, a partir de una interpretación de ésta como requisito imprescindible para procesar y eventualmente sancionar la agresión sexual⁶⁰; en un famoso pronunciamiento relativo a un supuesto en el que la regulación interna había impedido perseguir determinadas formas de violencia de género al haber sido retirada la denuncia por la víctima⁶¹; o en una compleja sentencia relativa al art. 8 CEDH, en el que la condena a Finlandia trae causa de que su normativa interna no autorizase al proveedor de internet a facilitar la identidad por su IP de un sujeto que había publicado en la red un anuncio sexual ficticio con la imagen y datos de un niño de 12 años, lo que impidió juzgar el hecho delictivo⁶². Como se ve, la condena a un Estado en esta dimensión del deber de protección se deriva no tanto de *no haber castigado* penalmente la vulneración del derecho como de tener un marco legal que *no le ha permitido hacerlo*.

59 *X e Y c. Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985, acaso la sentencia en la que por primera vez se dejan sentadas las premisas de las obligaciones positivas de protección.

60 *M.C. c. Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003 (esp. prgfs. 174-185). Ciertamente, como sugiere en su comentario PITEA, C., la sentencia puede también interpretarse como una intervención del TEDH en clave de Derecho sustantivo, en la medida en que viene a vetar que la resistencia física de la víctima (y por ende su prueba) puedan formar parte de la definición del delito de violación [«Rape as a human rights violation and a criminal offence: the European Court's Judgment in *M.C. v. Bulgaria*», *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), pp. 447-462, p. 454].

61 *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009 –aunque también se condena por otros motivos–. Sobre esta cuestión de la perseguibilidad privada de la violencia de género *vid.* igualmente *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, de 12 de junio de 2008, prgf. 82.

62 *K.U. c. Finlandia*, de 2 de diciembre de 2008. Igualmente ha de traerse a colación en este contexto la famosa sentencia *Osman c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998: aunque su doctrina fundamental se refiere al deber policial (fáctico) de evitar delitos, lo cierto es que la razón de la condena al Reino Unido se encuentra en la admisión en su sistema jurídico de una cláusula de inmunidad de la policía, que impedía dirimir judicialmente la negligencia policial en la investigación o impedimento de delitos, y que el TEDH considera vulneratoria del derecho de acceso a los tribunales reconocido en el art. 6 CEDH.

B) LA PRESCRIPCIÓN

Mención específica merece en este contexto el instituto de la prescripción, problemático per se a la luz de la doctrina de los deberes positivos en la medida en que implica –dependiendo de su naturaleza jurídica en cada ordenamiento– bien una renuncia a la celebración del proceso, bien la imposibilidad de sancionar la conducta delictiva. Pues bien, en la jurisprudencia del TEDH a este respecto han de distinguirse dos tipos de supuestos: los relativos a la prescripción acaecida por la propia desidia estatal, y aquellos otros en los que el problema reside en la prescripción per se, esto es, en la imposibilidad de procesar o juzgar derivada del mero transcurso de los plazos legamente previstos.

Por lo que se refiere a el primer grupo de casos, son en efecto numerosas las condenas –no por casualidad relativas a supuestos de torturas o malos tratos a presos– en las que el proceso, aun existiendo claros indicios de delito, no puede celebrarse por una prescripción que trae causa de dilaciones imputables a la pasividad de las propias autoridades; en ese contexto específico, la insistencia del Tribunal en que no pueda admitirse la prescripción aparece más ligada a la *obligación de castigar* (de la que nos ocupamos en el siguiente epígrafe, en el que trataremos de la importancia concedida por el Tribunal a la efectiva sanción de la tortura) que a la *necesidad de proceso*⁶³. Sin embargo, cuando la cuestión se ha planteado en casos relativos a violencia entre particulares, el énfasis no se coloca tanto en la idea de que la conducta debería haber sido sancionada como en que se ha impedido la celebración de *un proceso que permitiera establecer los hechos*, de donde se deriva la imputación al Estado de una lesión del derecho de la víctima previamente vulnerado por el delito –insuficientemente protegido–⁶⁴. Se establece con ello, en realidad, una suerte de derecho de la víctima no a la condena pero sí, de algún modo, *al proceso*.

63 *Abdulsamet Yaman c. Turquía*, de 2 de noviembre 2004, prgf. 55; *Hüseyin Simsek c. Turquía*, de 20 de mayo de 2008, prgfs. 66-71; *Turan Cakir c. Bélgica*, de 10 de marzo de 2009, prgf. 69; *Paduret c. Moldavia*, de 5 de enero de 2010, prgf. 72; aunque se condena básicamente por una inadecuada investigación, también *Alikaj y otros c. Italia*, de 29 de marzo de 2011, prgf. 108.

64 Insiste expresamente en este punto –la importancia de la celebración del juicio que establezca los hechos– *Beganovic c. Croacia*, de 25 de junio de 2009, prgfs. 77 y 78. Se refieren más en general a lo inadmisibles de una prescripción debida a la

En segundo lugar, más allá de los supuestos anteriores, es necesario referirse a la jurisprudencia del TEDH en relación a la prescripción en sí misma, como figura que encarna una renuncia del Estado al ejercicio del poder punitivo —y por tanto problemática a la luz de la doctrina que nos ocupa, al menos cuando afecta a delitos contra los derechos convencionales más relevantes—; como es obvio, la institución se analiza aquí desde la perspectiva inversa a la que normalmente informa la nutrida jurisprudencia que ha recaído sobre ella (la del reo que demanda al Estado por haber sido condenado una vez transcurrido el plazo, o por problemas en todo caso relacionados con el cómputo de aquél que conducen a una posible vulneración en su contra del principio de legalidad del art. 7 CEDH)⁶⁵.

Reclamaciones desde esta segunda óptica resultan relativamente frecuentes en el ámbito civil, en especial en supuestos de ciudadanos que acuden al TEDH al haber sido rechazadas sus demandas de determinación de paternidad en los tribunales internos por prescripción de los plazos máximos establecidos para interponerlas⁶⁶; en el ámbito penal, por el contrario, se han planteado (sorprendentemente) pocas veces. Destaca en este punto el delito de tortura cometido por funcionarios estatales (el epítome de la delincuencia estatal vulneradora de derechos esenciales) cuya prescripción ha sido considerada incompatible con el Convenio («en cualquier caso, la prescripción debería ser inaplicable a los actos de maltrato por un agente

ineficacia o desidia del sistema de justicia, *Biser Kostov c. Bulgaria*, de 10 de enero de 2012, prgf. 83 (en un caso en el que la prescripción se produce por una inexplicable negativa del Fiscal a presentar la necesaria acusación, reiterada cuatro veces a pesar de haber sido sucesivamente recurrida y corregida judicialmente); *Valiuliene c. Lituania*, de 26 de marzo de 2013, prgf. 85; *Dimitar Shopov c. Bulgaria*, de 16 de abril de 2013, prgf. 52; *Alexandr Nikonenko c. Ucrania*, de 14 de noviembre de 2013, prgf. 45; *Sakvarelidze c. Georgia*, de 6 de febrero de 2020, prgfs. 53-55, o la muy reciente *Volodina c. Rusia*, de 14 de septiembre de 2021 (prgfs. 50-68).

65 *Vid.* entre otras muchas *Coeme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000, prgfs. 146 y ss., o *Kononov c. Letonia*, de 24 de julio de 2008, prgf. 144.

66 *Vid.* entre otras, *Phinikaridoy c. Chipre*, de 20 de diciembre de 2007 (prgfs. 51 y ss.); *Backlund c. Finlandia*, de 6 de julio de 2010, o *Romen c. Finlandia*, de 2 de enero de 2013, prgf. 45.