

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ¿TRIBUNAL TÍMIDO Y TRIBUNAL AUDAZ?

Kai Ambos y María Laura Böhm

RESUMEN. El texto analiza la jurisprudencia del TEDH para determinar la línea interpretativa que este ha venido definiendo en sus sentencias relativas a violaciones de derechos humanos en el marco de investigaciones del ámbito penal. El análisis se realiza contrastando parcialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo con la de su par latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se revisa y refuta la tesis que afirma que el primero se comporta en forma tímida al momento de juzgar a los Estados, mientras que la última lo hace en forma audaz. En el artículo se explican la tesis mencionada (1) y el alcance y el método interpretativo expresamente aplicado por el TEDH en sus fallos (2), y se examina la interpretación dada por el TEDH a derechos fundamentales (sustantivos y procesales respectivamente) en el marco de procesos penales (3 y 4). Se concluye que el TEDH ha ampliado paulatinamente con sus fallos el ámbito de protección reconocido a la Convención Europea de Derechos Humanos, lo que pone en cuestión el mote de *tímido* que le han atribuido algunos autores (5).

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, jurisprudencia, protección de los derechos fundamentales, proceso penal, Europa.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag befasst sich mit der Rechtsprechung des EGMR und versucht herauszufinden, welche Interpretationslinie dieser in seinen Urteilen zu Menschenrechtsverletzungen im Rahmen seiner strafrechtlichen Untersuchungen entwickelt hat. Die Analyse erfolgt auf der Grundlage einer teilweisen Gegenüberstellung der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs und der seines lateinamerikanischen Pendant, des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Dabei wird die These, ersterer trete bei der Beurteilung von Staaten zurückhaltend auf, während das Verhalten des letzteren gewagt sei, überprüft und widerlegt. Im Artikel wird die genannte These (1) sowie der vom EGMR gewählte Geltungsbereich und die ausdrücklich genannte

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Auslegungsmethode erläutert (2) und die Grundrechte-Auslegung des EGMR (in materieller und prozessrechtlicher Hinsicht) untersucht (3 und 4). Der Beitrag kommt zu dem Schluss, dass der EGMR mit seinen Entscheidungen allmählich den der Europäischen Menschenrechtskonvention zugestandenen Schutzbereich erweitert hat, weshalb die ihm von einigen Autoren unterstellte *Zurückhaltung* bezweifelt werden muss (5).

Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, Rechtsprechung, Grundrechtsschutz, Strafprozess, Europa.

ABSTRACT. The case law of the ECHR is analysed to determine the line of interpretation which the Court has provided in its decisions on human rights violations in the context of criminal investigations. A partial comparison is made between the decisions of the European Court and those of its Latin American peer, the Inter-American Court of Human Rights. The article reviews and refutes the thesis that the first of these courts is timid when it comes to passing judgment on the States, while the second is bold. This study provides explanations for (1) the abovementioned thesis, (2) the scope and the interpretative method clearly applied by the ECHR in its rulings, and an examination of the ECHR's interpretation of fundamental rights (both substantive and procedural) in the context of criminal proceedings (3 and 4). It concludes (5) that through its decisions the ECHR has gradually extended the scope of protection under the European Convention on Human Rights, so that its labelling as timid by some authors may be contested.

Keywords: international human rights law, case law, protection of fundamental rights, criminal procedure, Europe.

1 • Introducción

El texto de una convención puede ser interpretado en forma restrictiva o en forma extensiva. En el primer caso se tratará de un apego fiel y detallado a la letra de la ley y de la voluntad de los Estados firmantes puesta de manifiesto al momento y de acuerdo a las circunstancias propias de la época en que se llevaron a cabo las correspondientes tratativas; en el segundo caso, se recurrirá al fin de la norma y se intentará adaptar la letra del texto a la situación concreta y a los tiempos actuales, es decir, se hará una interpretación dinámica del texto convencional. Mientras que en el primer caso puede resaltarse como positivo que el principio de legalidad se verá más fuertemente respetado —incluso aunque esto sea en

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

desmedro de una solución “satisfactoria” al caso concreto—, en el segundo caso, es decir, cuando se realice una interpretación más bien dinámica del texto, el aspecto positivo residirá en que siempre o casi siempre se encontrará una solución a la controversia concreta que deba resolverse— aunque esto vaya en desmedro de la literalidad del texto—.¹ Respecto de las convenciones de derechos humanos, que son interpretadas en última instancia por los respectivos tribunales de derechos humanos, los que definirán la línea interpretativa serán tanto estos tribunales como los Estados partes al implementar e interpretar en el ámbito nacional los derechos establecidos en dichas convenciones.

2 • Tribunal tímido y tribunal audaz

Según una tesis formulada por Armin von Bogdandy² respecto de la tarea e interpretación desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), este sería un tribunal audaz, mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sería un tribunal tímido. La Corte IDH sería audaz porque sus decisiones tienen un efecto directo, porque la Corte anula normas nacionales (por ejemplo, amnistías), decide casos importantes (políticamente delicados) y es una institución reciente (no consolidada). Von Bogdandy tiene razón en cuanto a su análisis de la pretensión jurisdiccional de la Corte. De hecho, la Corte, en resumidas cuentas, se ha convertido en una cuarta instancia (una *Superrevisionsinstanz*) que interpreta la Convención como una Constitución de los Estados Americanos (“control de convencionalidad”) de la cual se derivan obligaciones con efecto directo y sobre todo muy concretas de los Estados miembros. Si bien la Corte acepta que está vinculada por la

¹ Cf. por todos sobre las reglas de interpretación de convenciones Richard K. Gardiner: *Treaty interpretation*, Oxford: OUP, 2008, pp. 141 ss., sobre el desarrollo histórico de las reglas de interpretación véanse pp. 51 ss. Debe tenerse presente que las pautas orientadoras para la interpretación de los tratados están dadas fundamentalmente por la Convención de Viena de 1969 (artículo 31), de la cual se desprenden como niveles de interpretación la letra de la convención, su objeto y fin, el contexto, los acuerdos ulteriores entre las partes, las prácticas ulteriores relativas a la aplicación del tratado, y en forma complementaria todo otro medio, incluidos los trabajos preparatorios, a fin de confirmar interpretaciones hechas a partir de lo dispuesto en el artículo 31 o para esclarecerlas en caso de ambigüedad o contradicción. Véase al respecto Anne Peters: *Einführung in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, München: Beck, 2003, pp. 17 ss.; cf. sobre la aplicación de la Convención de Viena en la interpretación de los tratados de derechos humanos el estudio de María Angélica Benavides Casals: *Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 26 ss., 69 ss.

² Ponencia del día 5 de octubre en el Simposio Humboldt, *Internacionalización del derecho constitucional - Constitucionalización del derecho internacional*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 4 al 6 de octubre del 2010.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Convención, a menudo llega a exceder los parámetros de una interpretación admisible tal como está prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³ —y tal vez en tal exceso resida la baja cuota de cumplimiento de sus sentencias—. ⁴ Ya ha habido voces que advierten acerca de sus tendencias antidemocráticas (por ejemplo, al imponer en sus sentencias la obligación de sancionar una nueva ley, independientemente de la voluntad parlamentaria democráticamente legítima en el ámbito nacional)⁵ y antiliberales (por ejemplo, al interpretar la Convención contra el imputado y así en contra de principios liberales como los de legalidad e *in dubio pro reo*).⁶ No obstante estas críticas, entendemos que la calificación realizada por Von Bogdandy no se sostiene plenamente.

Antes de adentrarnos en el análisis del TEDH, es conveniente contextualizar esta comparación ofreciendo algunas reflexiones sobre la Corte IDH. La afirmación de que

³ Véanse los argumentos y ejemplos brindados en Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y protección internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 25 ss.

⁴ Según manifestaciones de la jueza Medina Quiroga en marzo del 2009, solo el 12 % de las sentencias de la Corte IDH fueron plenamente cumplidas por los Estados en todos sus puntos. El ámbito donde mayor incumplimiento se advierte es el relacionado con las sentencias a “investigar, procesar y eventualmente condenar a culpables de violaciones muy graves de derechos humanos” (cf. <<http://www.ultimahora.com/notas/208940-5%C3%B3lo-12%20-de-sentencias-de-la-Corte-Interamericana-son-cumplidas>>). Por su parte, sobre la cuota de cumplimiento de las sentencias del TEDH se ha dicho que el porcentaje es del 97 % (según un reporte del Consejo de Europa de 2006), aunque, como el mismo autor que cita este informe críticamente señala, no es claro qué criterio se ha tomado para definir qué reacción estatal puede considerarse como cumplimiento de una sentencia ni para elaborar tal cifra, sin duda difícil de aceptar (cf. Robert Esser: “Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte”, en Heiko Ahlbrecht et al. (comp.): *Internationales Strafrecht in der Praxis*, Heidelberg: Müller, 2008, pp. 1 ss., aquí p. 90). Teniendo en cuenta el número de sentencias que anualmente dicta el Tribunal (en el 2010 fueron 14991), dicho porcentaje resulta ciertamente aún más dudoso (cf. el *Council of Europe Annual Report 2010 - European Court of Human Rights*, enero 2011, disponible en <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F2735259-F638-4E83-82DF-AAC7E934A1D6/0/AnnualReport2010.pdf>>). Sobre las dificultades y la sobrecarga sufrida por el TEDH véase Georg Ress: “Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur”, en Meinhard Hilf, Jörn Axel Kämmerer y Doris König (comps.): *Höchste Gerichte an ihren Grenzen*, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, pp. 55-85; este autor advierte sobre el imposible procesamiento de las entre 4000 y 5000 denuncias mensuales ingresadas al TEDH, de las cuales quedan alrededor de 1000 sin atención, lo que suma alrededor de 12.000 anuales (que se acumulan a los entre 70.000 y 80.000 casos no cerrados existentes ya en el año 2007 [p. 74]). Para un detallado informe estadístico de los procesos llevados por el TEDH entre 1955 y 2006 (diferenciados según país, derecho afectado, decisión de mérito) véase el Apéndice (“Overview of the Activity of the European Court of Human Rights”) en Helen Keller y Alec Stone Sweet (comps.): *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2008, pp. 713-842.

⁵ Adviértase que este tipo de sentencias se encontraría entre aquellas que con menos frecuencia son plenamente cumplidas por los Estados (cf. *supra* nota 4). Véase como caso de contraste un análisis sobre la positiva influencia del TEDH sobre los principios del Estado de Derecho sostenidos por los Estados europeos así como por la Unión Europea a escala regional, principios que se ven influidos y fortalecidos por la jurisprudencia del Tribunal, en John Callewaert: “Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union”, en Peter-Christian Müller-Graff y Dieter H. Scheuing (comp.): *Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2008, pp. 177-186.

⁶ Cf. Malarino (cit. nota 3), pp. 25 ss.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

se trata de un tribunal audaz presupondría que la Corte ha tenido que ir más allá de lo que ella esperaba, *en contra* de las voluntades de los Estados partes, y esto no ha sucedido en América Latina. En 1988, cuando la Corte estableció el deber estatal de investigar y castigar a quienes violaran los derechos humanos en la sentencia central en el caso *Velásquez Rodríguez*,⁷ los procesos de transición de las dictaduras a las democracias en el Cono Sur y en Centroamérica ya habían comenzado.⁸ En este período se recuperó y reforzó el movimiento de derechos humanos y con ello el reclamo de justicia y castigo⁹ a los responsables de las violaciones graves de estos derechos cometidas durante las dictaduras de las décadas anteriores.¹⁰ La Corte —si bien con ciertas excepciones, como las de Perú¹¹ y Venezuela,¹² en que precisamente se trataba de situaciones actuales— fue

⁷ *Velásquez-Rodríguez contra Honduras*, Corte IDH, fallo 29.7.1988, § 162 ss., 166, 174.

⁸ Véase sobre este período el trabajo fundamental de Javier Chinchón Álvarez: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid: Universidad Complutense, 2007, *passim*.

⁹ Desde la mencionada sentencia *Velásquez-Rodríguez contra Honduras* (cit. nota 7), luego nuevamente por ejemplo en el conocido caso *Almonacid Arellano et al. contra Chile* (fallo 26.9.2006, serie C, n.º 154, § 110) y hasta la reciente sentencia *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") contra Brasil* (fallo 24.11.2010, serie C, n.º 219, § 140): "La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación [...]". En el mismo sentido, más recientemente el *Human Rights Committee* (HRC), en su *general comment* 31, identificando "obligaciones positivas" en el artículo 2 (1) PIDCP y exigiendo "medidas adecuadas o [...] la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado" por violaciones al PIDCP cometidas por órganos estatales, así como por "particulares o entidades privadas" (§ 8); en cuanto al artículo 2 (3) PIDCP, el HRC exige "recursos [...] eficaces", "mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos" para dar efecto a la "obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez" (§ 15); además, los "Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia", especialmente en casos de graves violaciones como tortura, asesinato arbitrario y desaparición forzada (§ 18).

¹⁰ Este movimiento recibió apoyo de varios gobiernos del viejo sistema occidental y de organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, y sobre todo se ensambló con la refundación del movimiento internacional para una justicia penal internacional, que se reinició con la caída del muro de Berlín y el fin de la vieja confrontación de bloques. Cf. Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2006, § 6, nm. 25. En detalle sobre la importancia de la caída de la cortina de hierro (y del muro en Alemania, el proceso llamado *die Wende*) para el DPI véase Frank Neubacher: *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 372 ss.

¹¹ Con motivo de la intervención de la Corte en contra de la persecución sufrida por jueces del Tribunal Constitucional peruano a partir de 1992, en 1999 el gobierno de Fujimori decidió en forma intempestiva no someterse a la Corte y retirar su consentimiento a la competencia contenciosa de esta mediante la resolución legislativa n.º 27152, del 8 de julio de 1999, la cual fue declarada inadmisibles por la Corte IDH en su sentencia *Tribunal Constitucional contra Perú*, del 24 de septiembre de 1999. En el 2007 también el presidente Alan García se mostró reticente frente a la sentencia de la Corte en el caso de la *Matanza del penal Castro* (cf. *El Comercio*, Lima, 10.1.2007, <<http://elcomercio.pe/ediciononline/html/2007-01-10/onEcPolitica0648819.html>>; véase también

¹² Debido al informe "Democracia y derechos humanos en Venezuela", aprobado por la Comisión Interamericana (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009) y dado a conocer en febrero de 2010, donde se identifica la restricción por el gobierno venezolano del pleno goce de los derechos humanos —fundamentalmente aquellos relacionados con la libertad de expresión—, el presidente venezolano Hugo Chávez amenazó con denun-

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

considerada aliada de los nuevos gobiernos democráticos latinoamericanos frente al juzgamiento de los hechos del pasado. Por un lado, los representantes estatales no discutieron, en general, sobre los requisitos de admisibilidad (por ejemplo, sobre el agotamiento de los recursos internos); por otro, en más de una oportunidad se solicitó a la Corte tomar ciertas decisiones en favor de la política de derechos humanos nacional. En otras palabras, la Corte y los nuevos gobiernos, en principio, persiguieron la misma política pro derechos humanos, lo cual sin duda resta *audacia* a la actividad de la Corte.

En una suerte de trabajo comparativo, el presente estudio analiza cuál es la forma interpretativa de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que sigue el TEDH. ¿Es la jurisprudencia del TEDH *tímida* cuando se trata de proteger los derechos humanos de los habitantes de Europa, fundamentalmente de aquellos involucrados en causas penales, ya sea como víctimas o como ofensores? El análisis se centrará específicamente en el grado de intervención e involucramiento de las sentencias del TEDH respecto de los procedimientos penales internos de los Estados partes, el respeto de los derechos del imputado y de las decisiones de política criminales adoptadas a nivel interno.

3. Alcance de los fallos del TEDH y los principios de interpretación de la CEDH

La relación y el rango de la CEDH con los distintos órdenes nacionales depende precisamente de la legislación interna de estos; no puede establecerse una pauta única al respecto.¹³ El alcance de las sentencias del TEDH, por su parte, es a la vez limitado y extenso.

ciar la Convención y retirarse de ella (cf. http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/124706/Nacional/Venezuela-abandonar%C3%A1-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos).

¹³ Mientras en algunos Estados a la Convención se le ha reconocido rango constitucional (Austria, Suiza), en muchos otros cuenta con rango supralegal (España, Francia), y en unos pocos meramente legal (Alemania); es decir, en este último caso la Constitución nacional sigue teniendo prevalencia frente a la CEDH. Véase Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2.ª ed., 2008, § 10, nm. 7 ss.; Kai Ambos y Alexander Heinze: “La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las violaciones del derecho a la personalidad mediante informaciones periodísticas escritas y gráficas y sus efectos sobre la Ley alemana”, en Javier Boix Reig (comp.): *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: IUSTEL, 2010, p. 536. Para un estudio comparativo detallado en cuanto a la implementación de la CEDH y de las sentencias del TEDH en los países europeos véase el trabajo colectivo dirigido por Helen Keller y Alec Stone Sweet (cit. nota 4), que reúne informes nacionales exhaustivos y ofrece un panorama general del estado de implementación del ordenamiento europeo sobre derechos humanos (pp. 3 ss. y *passim*).

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

Es *limitado* porque no se trata de fallos que impongan condenas de obligado cumplimiento, sino más bien de la constatación de situaciones de hecho (“El Estado X ha violado el artículo Y de la CEDH”). Las sentencias, por lo tanto, no tienen efecto casatorio; es decir, se trata de sentencias que no pueden proteger en forma directa e inmediata el derecho subjetivo lesionado (con excepción de los casos de denuncia admisible y fundada en que se dispone una “indemnización justa” —artículo 41 CEDH—, a falta de la posibilidad de una indemnización total de acuerdo con el ordenamiento legal del Estado en cuestión).¹⁴ El alcance del fallo, además, se limita a las partes en litigio (*inter partes*, artículo 46 CEDH).¹⁵ Sin embargo, puede decirse que el alcance de las sentencias del Tribunal es *extenso* en algunos países europeos ya que, al tratarse de sentencias “definitivas” (artículos 42 y 44 CEDH), y dado que los Estados partes están obligados a obedecer el fallo, en distintos ordenamientos nacionales y en la jurisprudencia de los tribunales superiores de los países se concede a los fallos del TEDH una importancia sustancial al dictar sentencias en el ámbito judicial interno, e incluso al discutir transformaciones en el ámbito parlamentario.¹⁶

Dada la incuestionable importancia que se reconoce a la CEDH y teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal resulta orientadora en Europa (e incluso en otros ámbitos territoriales y jurisdiccionales), en la práctica las sentencias de la CEDH tienen un efecto *erga-omnes-intra-partes*.¹⁷ Este es, por ejemplo, el caso de Alemania. Según el Tribunal Constitucional, el efecto vinculante de un fallo del TEDH se extiende a todos los órganos estatales en Alemania y los obliga a cesar en la infracción de la Convención, siempre que la decisión de tal cese se encuentre entre las facultades de ese órgano y que no signifique una violación a la vinculación al derecho y la ley establecidos en el artículo 20 III de la Constitución Federal.¹⁸ De esta manera, si bien la CEDH tiene rango infraconstitucional, se le llega a conceder *de facto* prevalencia frente a la Constitución —a través de esta exigencia de que la Constitución sea interpretada acorde con la Convención¹⁹ y siempre que la Convención implique una mayor protección de los derechos fundamentales.²⁰

¹⁴ Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁵ Crít. Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁶ Sobre el rol conferido a la CEDH en general en el derecho europeo véase Peter Szczekalla: *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002, pp. 507 ss.

¹⁷ Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁸ Cf. Helmut Satzger: “Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht - Grundlagen und wichtige Einzelprobleme”, en *Jura* 2009, pp. 759-768, p. 760.

¹⁹ Véase especialmente el caso *Görgülü*, BVerfGE 111, 307; también BVerfG NJW 2004, 3407 (3410); BVerfGE 74, 358 (370).

²⁰ Cf. Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 9, con más referencias.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

De todos modos esto no impide que haya muchas veces discordancia entre la interpretación que cada tribunal (el Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos) pueda dar a los derechos fundamentales, en cuanto a la prevalencia de unos sobre otros en casos concretos. Véase el siguiente ejemplo: En el caso relativo a la medida de internamiento preventivo impuesta con ulterioridad al dictado de la sentencia (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), y cuya aplicación se hizo efectiva incluso sobre quienes ya se encontraban condenados cuando se sancionó la introducción de la medida en el artículo 66.b del *Strafgesetzbuch* (StGB, Código Penal alemán), el Tribunal Constitucional alemán consideró en dos sentencias muy cercanas una de otra que tal medida y su aplicación retroactiva no violaban la garantía de irretroactividad de la ley penal (artículo 7 CEDH), ya que esta última es aplicable al derecho penal y la imposición de penas, y no a la decisión respecto de medidas de seguridad, que no son “pena”. Del mismo modo consideró que tal imposición no violaba el derecho a la libertad (o, en realidad, la garantía de que la restricción de la libertad se base en un procedimiento adecuado) por cuanto la imposición de la medida consiste en una limitación de la libertad necesaria y por tanto constitucionalmente legítima dado que es impuesta en protección del derecho a la seguridad del resto de la población y decidida con base en la peligrosidad puesta de manifiesto al cometerse un hecho delictivo.²¹ El TEDH decidió sobre el caso y entendió que tanto la prohibición de irretroactividad como el derecho a la libertad habían sido violados por Alemania al sancionarse e imponerse la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*: el internamiento preventivo es una sanción penal —equiparable a una pena en la realidad—, y la prolongación de la restricción de la libertad decidida con posterioridad al dictado de la sentencia resulta imprevisible y por tanto violatoria del derecho a la libertad.²²

La sentencia del TEDH ha generado en Alemania no pocos inconvenientes: Si no se remueve la normativa que habilita la imposición del internamiento preventivo impuesto con ulterioridad a la sentencia, se estaría desconociendo la autoridad del TEDH y Alemania estaría políticamente en falta frente a los Estados partes; si se realiza la correspondiente reforma legislativa, esto implicaría en el ámbito nacional una violación de

²¹ Cf. BVerfGE 109, 133 (fallo 5.2.2004); BVerfGE 109, 190 (fallo 10.2.2004).

²² El TEDH encontró violados los artículos 5 (1)(a) (restricción de la libertad solo en virtud de una decisión de tribunal competente) y el artículo 7 (en su principio de irretroactividad) en *M. v. Germany*, n.º 19359/04, fallo 17.12.2009; confirmado por la Gran Cámara el 5 de mayo de 2010. Cf. sobre esta equiparación y sus consecuencias Robert Esser, Karsten Gaede y Michael Tsambikakis: “Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010 - Teil I”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2011, pp. 78-82, pp. 79 s.; Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 3.ª ed., 2011, § 10, nm. 44, 48, 88.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

la obligación de protección (*Schutzpflicht*) del Estado respecto de sus habitantes.²³ Esta situación se ha definido recientemente en el sentido marcado por el TEDH, mediante la sanción de una nueva ley restrictiva de la medida de seguridad en cuestión.²⁴ De esta manera, la sentencia europea ha delimitado el ámbito de actuación estatal y fortalecido el significado de los derechos humanos a la libertad y a la aplicación del principio de legalidad en su manifestación como prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Aun sin tener efecto casatorio, esta sentencia claramente ha modelado la legislación nacional. Este caso, por otra parte, revela la diferencia interpretativa de ambos órdenes: mientras que en el ámbito nacional la protección del derecho “colectivo” a la seguridad ha tenido prevalencia, en el ámbito del TEDH fueron protegidos más ampliamente los derechos individuales.

Igual situación se ha dado en Alemania en el caso *Caroline*, en que el Tribunal Constitucional entendió que la toma y publicación de fotografías de Carolina de Mónaco en situaciones cotidianas no representaba una violación a su esfera privada, dado que como figura pública debe aceptar que se informe públicamente sobre ella.²⁵ El TEDH, por el contrario, entendió que Alemania había violado su derecho a la intimidad (artículo 8 CEDH) dado que la toma de fotografías y su publicación no son de interés público cuando solo reflejan escenas cotidianas que no tienen un fin informativo o de interés general, aun cuando se trate de personas de interés público.²⁶ Nuevamente, el derecho individual tuvo en el ámbito europeo mayor relevancia que en el nacional, donde se dio prevalencia al derecho a la libertad de prensa y el interés de entretenimiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia posteriores al fallo del TEDH han sido divergentes, sin poder establecer una única línea interpretativa.²⁷

²³ Henning Radtke: “Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17.12.2009”, en *NStZ*, 2010, 537, p. 537; Radtke realiza un detallado análisis del fallo del TEDH y su efecto en el ámbito nacional. Véanse también —con especial énfasis en los efectos de los fallos del TEDH en Alemania— los comentarios de Christoph Grabenwarter: “Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland”, en *Juristen Zeitung*, 18, 2010, pp. 857-869; Grischa Merkel: “Incompatible Contrasts? - Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, 11(9), 2010, pp. 1046-1066; Jörg Kinzig: “Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland”, en *NStZ*, 2010, 233-239.

²⁴ *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. 12. 2010* (BGBl. I S. 2300) [ley sobre la nueva regulación del derecho del internamiento preventivo y sobre regulaciones complementarias, del 22.12.2010].

²⁵ BVerfG, sentencia del 15 de diciembre de 1999

²⁶ *Von Hannover v. Germany*, TEDH n.º 59320/00, 2004-VI, fallo 24.6.2004.

²⁷ Cf. en detalle sobre el caso, Ambos y Heinze (cit. nota 13), pp. 542 ss., con más referencias.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Interesante es de todos modos que el Tribunal Constitucional continúa poniendo el interés de entretenimiento y la libertad de prensa por encima del derecho a la privacidad de las personas de interés público.²⁸ Así, compartir la interpretación dada por el TEDH a los derechos fundamentales no significa compartir el rango que les da. En este sentido es importante recordar, que el TEDH únicamente señala dónde existe una violación de la Convención. Sin embargo, le está vedado imponer o siquiera establecer los medios por los cuales el Estado debe corregir tal violación. El TEDH no está facultado para hacerlo y tampoco ha pretendido avanzar en ese sentido.²⁹

Teniendo entonces en cuenta la relevancia (y polémica) que los fallos del TEDH revisten para los ordenamientos nacionales, es importante definir qué tipo de sentencias, es decir, qué tipo de interpretación de la CEDH suele realizar el TEDH. El TEDH ha caracterizado sus propias interpretaciones del siguiente modo:

3.1. Interpretación dinámica-teleológica (concepto del *living instrument*)

Según el propio Tribunal, sus sentencias favorecen una interpretación “dinámica-teleológica” de la CEDH, es decir, el Tribunal entiende a la CEDH como un “*living instrument*”,³⁰ un instrumento viviente. Esto significa, según ha manifestado en *Tyner*,³¹ que el Tribunal considera el sentido y el fin *actuales* de la norma tomando en cuenta los cambios (económicos, sociales y/o éticos) que hayan tenido lugar desde la firma de la Convención hasta nuestros días. La idea de un *living instrument* fue expresamente explicada en la mentada sentencia, en que el Tribunal sentó:

El Tribunal debe recordar que la Convención es un instrumento viviente que, como ha resaltado correctamente la Comisión, debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales. En el caso que ahora se juzga el Tribunal no puede ser influido por los desarrollos y estándares normalmente aceptados en la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en este ámbito.³²

²⁸ Cf. *ibídem*, p. 554.

²⁹ Cf. *Campbell et al. v. the United Kingdom*, n.o 5/1980/36/53-54, fallo 22.3.1983, § 38; *Belolis v. Switzerland*, TEDH n.o 20/1986/167, fallo 29.4.1988, § 78; *Demicoli v. Malta*, TEDH n.o 33/1980/224/288, fallo 27.8.1991, § 45. Véase al respecto Radtke (cit. nota 23), p. 540

³⁰ Peters (cit. nota 1), p. 18.

³¹ *Tyner v. the United Kingdom*, TEDH n.o 26, fallo 25.4.1978.

³² *Tyner v. the United Kingdom* (cit. nota 31), nm. 31 (“The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field”). Esta idea es seguida en *Loizidou v. Turkey*,

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

Esta forma interpretativa sigue el fallo *Selmouni*,³³ en que se pone de manifiesto que ciertos actos que en el marco del artículo 3 CEDH originalmente eran entendidos solo como tratos inhumanos y degradantes pueden pasar a ser interpretados como claras torturas:

El Tribunal considera que ciertos actos que eran clasificados en el pasado como “trato inhumano y degradante” como opuestos a “tortura” podrían ser clasificados de otra manera en el futuro. El Tribunal sostiene que la continua elevación de los estándares máximos requeridos en el ámbito de los derechos humanos y de las libertades fundamentales requiere adecuada e inevitablemente una mayor firmeza al constatar violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.³⁴

En fallos posteriores el Tribunal ha reforzado esta idea tanto respecto de la interpretación dada a las violaciones de derechos humanos en sí (por ejemplo, en cuanto a la restricción del derecho a la transexualidad en Gran Bretaña)³⁵ como a los documentos del ordenamiento de derechos humanos europeos (sobre el efecto vinculante de las ordenanzas del TEDH, por ejemplo).³⁶

3.2. Tensión entre una interpretación dinámica-teleológica por una parte y la certeza legal y la previsibilidad judicial por otra

En *Mamatkoulov and Abdurasulovic* el Tribunal estableció de forma expresa la necesidad de combinar adecuadamente una interpretación dinámica-teleológica con el debido respeto a la necesidad de certeza legal y previsibilidad de los fallos del Tribunal y su interpretación. Si bien reconoce que no se encuentra vinculado por sus sentencias

TEDH, serie A, n.º 310, fallo 23.3.1995, pp. 26-27, § 71; *Selmouni v. France*, TEDH (Gran Cámara) n.º 25803/94, fallo 28.7.1999, 149 ss., nm. 101; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara), n.º 28957/95, fallo 11.7.2002, § 74; *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey*, TEDH n.º 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), fallo 6.2.2003.

³³ *Selmouni v. France* (cit. nota 32), 149 ss., nm. 101. Cf. sobre este fallo también Satzger (cit. nota 18), p. 760.

³⁴ *Selmouni v. France* (cit. nota 32), nm. 101 (“[...] the Court considers that certain acts which were classified in the past as ‘inhuman and degrading treatment’ as opposed to ‘torture’ could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies”). Cf. sobre este fallo también Peters (cit. nota 30), p. 18; Satzger (cit. nota 18), p. 760.

³⁵ Cf. *Goodwin v. United Kingdom* (cit. nota 32). Véase sobre los fallos y el cambio jurisprudencial por aplicación de una interpretación dinámica Peters (cit. nota 30), pp. 19 y 157-158.

³⁶ Véase al respecto *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32)

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

anteriores, entiende que no debería apartarse de ellas sin aportar razones debidamente fundadas³⁷

3.3. Interpretación autónoma

En este contexto, al definir tal tensión entre dinamismo y certeza, el Tribunal invoca la necesidad de que la sentencia concrete los derechos en forma “práctica y efectiva, y no teórica e ilusoria”.³⁸

Por otra parte, el TEDH también hace una interpretación “autónoma” de la CEDH, es decir, una interpretación independiente de los conceptos e interpretaciones de los órdenes nacionales. Si bien estos últimos ayudarían a la interpretación del Tribunal, este no se siente vinculado por ellos. De esta manera se evita que los Estados, mediante la aplicación e interpretación de su derecho interno, puedan dirigir las garantías provistas por la Convención.³⁹

4. Derechos materiales: criminalización como medio para su protección efectiva

El TEDH ha considerado que los Estados partes tienen un margen de discreción respecto de cuáles son los medios que van a poner en marcha para procurar la protección de los derechos humanos.⁴⁰ Sin embargo, entiende que en los casos en que los derechos más básicos son los que se encuentran en juego, es necesaria una disuasión efectiva, que solo puede alcanzarse mediante la criminalización. La criminalización de conductas lesivas es un medio necesario para la protección de los derechos humanos, según el Tribunal, por lo que en distintas oportunidades ha ordenado de acuerdo a

³⁷ *Mamatkoulou and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32), nm. 104-106 (105: “While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, in the interests of legal certainty and foreseeability it should not depart, without good reason, from its own precedents”). El Tribunal cita en su sentencia, entre otros, *Chapman v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara), n.º 27238/95, fallo 18.1.2001, § 70 y *Goodwin v. United Kingdom* (cit. nota 32), § 74.

³⁸ *Mamatkoulou and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32), § 104-106 (105: “It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement”).

³⁹ Satzger (cit. nota 18), p. 760.

⁴⁰ Véanse ya cit. 29 y texto principal.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

ello la adopción de medidas legislativas y judiciales en este sentido.⁴¹ Meras sanciones administrativas no serían suficientes para los casos de graves violaciones de los derechos humanos, sino que el Estado tiene un deber de asegurar que todas las violaciones al derecho a la vida sean castigadas.⁴²

El requerimiento del Tribunal no debe entenderse en forma concreta, sino abstracta. El Tribunal exige que se monten los mecanismos necesarios para la aplicación de la ley y el acceso a la justicia penal, es decir que se refiere fundamentalmente a un deber de perseguir y no a un deber de castigar: la persecución es un medio, mientras que el castigar es el resultado.⁴³ El Tribunal exige que se asegure una “investigación capaz de conducir a la identificación y el castigo”, es decir, una vez más, que el TEDH interpreta este deber como una obligación de medios y no de resultados.⁴⁴ El TEDH se muestra más bien cauto al requerir el establecimiento de los medios adecuados para la defensa de los derechos en abstracto, sin definir exactamente cuáles son estos medios ni exigir en concreto la obtención del resultado. En este sentido, aun entendiendo a la CEDH como un *living instrument*, el TEDH parece seguir en general una práctica de *judicial constraint* en cuanto a la obligación de legislación y, en concreto, de criminalización. En lo que sigue explicamos esta idea tomando como ejemplo las sentencias del TEDH sobre dos temas distintos: la protección de la vida y la protección del Estado de derecho.

⁴¹ *Calvelli and Ciglio v. Italy*, TEDH App. n.º 32967/96, fallo 17.1.2002, § 51; *Kilic v. Turkey*, App. n.º 22492/93, 2000-III, fallo 28.3.2000, § 62; *Mahmut Kaya v. Turkey*, App. n.º 22535/93, 2000-III, fallo 28.3.2000, § 85 (sobre el artículo 2(1) dijo el Tribunal que este impone “primeramente al Estado el deber de asegurar el derecho a la vida mediante la implementación de disposiciones de derecho penal efectivas” [“primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions”]). Véase al respecto Anja Seibert-Fohr: *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: OUP, 2009, p. 112 ss.

⁴² *Öneryildiz v. Turkey*, TEDH (Gran Cámara), App. n.º 48939, fallo 30.11.2004, § 91-96, 111. Así, ha dicho el Tribunal: “Las obligaciones derivadas del artículo 2 no terminan ahí. Cuando se han perdido vidas en circunstancias que potencialmente involucran la responsabilidad estatal, la norma impone un deber al Estado de asegurar, por todos los medios a su disposición, una respuesta adecuada —judicial o no— de modo que el marco legal y administrativo para proteger el derecho a la vida sean debidamente implementados y cualquier violación de este derecho sea repimido y castigado” (“The obligations deriving from Article 2 do not end there. Where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, that provision entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response – judicial or otherwise – so that the legislative and administrative framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished”) (§ 91, refiriendo *mutatis mutandis* a *Osman v. the United Kingdom*, TEDH Reports 1998-VIII, fallo 28.10.1998, p. 3159, § 115, y *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, TEDH App. n.º 46477/99, fallo 14.3.2002, § 54).

⁴³ Cf. *Öneryildiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 93; *Ramsahai and Others v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 52391/99, fallo 15.5.2007, § 323 ss. Véase sobre esta jurisprudencia Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 115.

⁴⁴ *Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom* (cit. nota 42), § 71; *Ramsahai and Others v. The Netherlands* (cit. nota 43), § 324; *Anguelova v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 38361/97, fallo 13.6.2002, § 139; *Bazorkina v. Russia*, TEDH App. n.º 69481/01, fallo 27.7.2006, § 118; *Cesim Yildirim et al. v. Turkey*, TEDH App. n.º 20109/03, fallo 17.6.2008, § 52; *Nadrosov v. Russia*, TEDH App. n.º 9297/02, fallo 31.7.2008, § 38.

4.1. Protección del derecho a la vida

En particular es la vida el bien jurídico que el Tribunal busca proteger mediante la criminalización.⁴⁵ Esta forma de protección se ha llamado *protección procesal*⁴⁶ —contracara de la *obligación procesal*—,⁴⁷ ya que mediante la persecución penal se busca hacer efectiva en la práctica la prohibición de matar y torturar. La persecución penal deviene en una implementación del derecho a la vida requerido por el artículo 2 CEDH.⁴⁸ De esta manera el TEDH desarrolla el concepto de las obligaciones positivas que estarían derivadas de los derechos sustantivos.⁴⁹ De todas maneras, el Tribunal procura no extender más allá de lo razonable las obligaciones de protección emanadas del artículo 2 CEDH, de modo de no imponer “una carga imposible o desproporcionada a las autoridades”.⁵⁰ Aun así, se ha criticado que la jurisprudencia del Tribunal va más allá de una simple protección:

Al asumir un deber de criminalizar serios abusos de los derechos humanos, la corte ha ido un paso más allá. Mientras que en casos anteriores se trataba de medidas de protección contra amenazas de muerte, la nueva doctrina de la criminalización viene a exigir medidas represivas. Esta forma de protección —que tiene consecuencias de largo alcance para el autor

⁴⁵ Cf. *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 42), § 115; *Kiliç v. Turkey* (cit. nota 41), § 62; *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 85; *Mastromatteo v. Italy*, TEDH App. n.º 37703/97, fallo 24.10.2002, § 67.

⁴⁶ Cf. Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 117. Véase también Gabriele Bruckmann: *Was kostet ein Menschenleben?: Ein Vergleich der Schadensersatzurteile des Europäischen und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach der Verletzung des Rechts auf Leben*, Frankfurt a. M.: Lang, 2009, pp. 50 s., quien destaca que la jurisprudencia del TEDH en este ámbito (“creación” de un deber de persecución penal) se ha visto claramente inspirada por su par interamericano, que tuvo que tratar, por ejemplo, casos de desaparición forzada muy anteriormente, pero a quien el TEDH “sorprendentemente” (“*erstaunlicherweise*”) no cita ni una sola vez en sus decisiones.

⁴⁷ Véase en este sentido el caso recientemente resuelto *Dink v. Turkey*, App. n.ºs 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, fallo 14.9.2010, § 76.

⁴⁸ Sobre otras obligaciones positivas (distintas de la persecución penal) derivadas del artículo 2 CEDH véase Szczekalla (cit. nota 16), pp. 730 ss.

⁴⁹ Véase recientemente *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 64, donde se sigue expresamente la jurisprudencia ya sentada en casos anteriores: *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 45), § 115; *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 85; *Kiliç v. Turkey* (cit. nota 41), § 62; *Opuz v. Turkey*, TEDH App. n.º 33401/02, fallo 9.6.2009, § 128. Similar ya en *Ireland v. United Kingdom*, fallo 18.1.1978, § 239: “[La CEDH] no obliga únicamente a las altas autoridades del Estado Parte a respetar por sí mismas los derechos y libertades de la Convención [...] A fin de asegurar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o remediar cualquier violación en los niveles inferiores” (“[...] does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States to respect for their own part the rights and freedoms it embodies [...] in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels”). Cf. también Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 117. Para una clasificación de las obligaciones positivas véase el trabajo fundamental de Cordula Dröge: *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin et al.: Springer, 2003, pp. 6 ss., 11 ss. Para un análisis detallado de la evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas véase Szczekalla (cit. nota 16), pp. 712 ss.; Benavides Casals (cit. nota 1), pp. 57 ss.

⁵⁰ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 86.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

del crimen— tiene una calidad diferente que, por ejemplo, la de alejar a los niños de padres abusivos.⁵¹

Sin embargo, no creemos que tal crítica sea correcta. Es cierto que el Tribunal realiza una interpretación amplia del artículo 2 CEDH al establecer el deber primordial del Estado de asegurar el derecho a la vida mediante legislación penal disuasiva concreta, así como mediante el establecimiento de mecanismos de aplicación que conduzcan a la prevención, represión y sanción de tales violaciones,⁵² y que resulta amplia también al establecer que el derecho a la vida es violado no solo cuando se produce el resultado muerte, sino también cuando la vida es puesta en peligro por agentes estatales.⁵³ Por otra parte, sin embargo, no debe perderse de vista que el TEDH hace hincapié en que el artículo 2 de la CEDH comporta esta obligación solo entendida en circunstancias particulares. Es decir, el Tribunal no *crea* la necesidad de un derecho general a la seguridad, sino que impone al Estado la obligación de evitar la muerte de una persona cuando, en el caso concreto y en circunstancias definidas, podía evitarla y evitarla. La obligación positiva se genera si las autoridades saben o deben saber que la vida de un individuo se encuentra amenazada en forma real e inmediata por la acción criminal de un tercero, y si está dentro de las facultades de dicha autoridad el adoptar las medidas que desde un punto de vista razonable pudieran disminuir el riesgo.⁵⁴ Se trata por tanto de una cuestión respecto de la cual la respuesta depende del conjunto de circunstancias particulares en que está inserto el caso concreto,⁵⁵ y no de una exigencia general de impedir la muerte de los individuos de un país so pena de violar la CEDH. El TEDH no obliga el resultado *evitar la muerte*, sino la implementación de los medios razonablemente exigibles a las autoridades para evitar la muerte de un individuo en los casos en que su vida está siendo amenazada de modo real e inmediato.

De acuerdo con estas reflexiones, entonces, la interpretación extensiva que realiza el TEDH del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y que requiere de una debida

⁵¹ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 118 (*"In assuming a duty to criminalize serious human rights abuses, the Court has gone one step further. While protective measures against death threats were at issue in earlier cases, the new doctrine on criminalization now requires repressive measures. This form of protection – which has far-reaching consequences for the offender – has a different quality than, for example, removing children from abusive parents"*).

⁵² *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 64.

⁵³ *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 45), § 115 ss., conc. Dröge (cit. nota 49), pp. 44 s.

⁵⁴ *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 65, y haciendo referencia a *Keenan v. United Kingdom*, TEDH App. n.º 27229/95, fallo 3.4.2001, § 89-90, *Opuz v. Turkey* (cit. nota 49), § 129, y *Gongadze v. Ukraine*, TEDH App. n.º 34056/02, fallo 8.11.2005, § 165.

⁵⁵ *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 65.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

criminalización no debe ser entendida en el sentido de la tendencia punitiva criticada por algunos autores respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH.⁵⁶

4.2. Protección de *the rule of law*

El TEDH ha dicho que los Estados no pueden aceptar bajo ningún concepto que crímenes que pongan en peligro la vida queden sin investigación por no contarse con los medios conducentes para llevarla a cabo. Uno de los motivos de tal rechazo consiste en que si no se persigue adecuadamente el castigo del ofensor, la confianza en el *rule of law* (o, si se lleva tal idea al ámbito continental, el Estado de derecho) se vería debilitada: “*This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts*”.⁵⁷ También el monopolio estatal de la violencia se ve puesto en entredicho según el TEDH si no se persigue en forma determinante la resolución de tales casos y, dadas las condiciones procesales, la imposición justa de una condena.⁵⁸

4.3. Protección mediante criminalización

El fin de la protección (de la vida, del Estado de derecho) mediante la criminalización acentúa el rol preventivo del derecho penal. De esta manera el TEDH no está protegiendo el derecho individual de la víctima a que se castigue a los ofensores, sino que está protegiendo a todas las personas de una eventual violación de sus derechos humanos.⁵⁹ Esta generalización en el fin perseguido conlleva una generalización en el alcance de las sentencias dictadas, ya que si bien estas son pronunciamientos que parten de reclamos individuales, en sus procesos y sentencias el TEDH cada vez más realiza una revisión general y un cotejo del cumplimiento de la CEDH.⁶⁰

En *Mahmut Kaya v. Turkey*,⁶¹ por ejemplo, el TEDH consideró que Turquía violaba su deber de prevenir la reiteración delictiva al fracasar permanentemente en la implementación de su respectiva legislación y de esta manera no investigar y llevar a juicio

⁵⁶ Cf. *infra* nota 69 y texto principal.

⁵⁷ *Öneryıldız v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁵⁸ *Ramsahai and Others v. The Netherlands* (cit. nota 43), § 325.

⁵⁹ *Seibert-Fohr* (cit. nota 41), pp. 118, 119, 121.

⁶⁰ *Zwierzynski v. Poland*, TEDH App. n.º 34049/96, fallo 19.6.2001; *Somogyi v. Italy*, TEDH App. n.º 67972/01, fallo 18.5.2004; *Bozzazzi v. Italy*, TEDH App. n.º 34884/97, fallo 28.7.1999. Cf. *Seibert-Fohr* (cit. nota 41), p. 119.

⁶¹ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41).

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

a los presuntos responsables.⁶² Según el Tribunal, que por primera vez consideró que por la insuficiente persecución de delitos anteriores podrían verse violados derechos individuales, Turquía estaría fomentando un clima de impunidad favorable a la actividad criminal.⁶³ Las generalizaciones de este tipo en las sentencias del Tribunal son criticadas por quienes consideran que al señalar problemas estructurales de los sistemas penales el TEDH recarga su ámbito de incumbencia y decide más allá de los procesos individuales llevados ante él:

Al señalar falencias sistémicas la corte aspira a administrar su creciente carga de casos. Requiere cada vez medidas mayores, que van más allá de remedios individuales al esperar de los Estados que con el fin de prevenir futuras violaciones revisen su legislación, sus normas y regulaciones, sus procedimientos públicos y sus prácticas judiciales.⁶⁴

Esta crítica es asimilable a la que se ha realizado a la Corte IDH por asumir como propias decisiones que deberían quedar en manos de los órganos nacionales.⁶⁵

En este contexto, sin embargo, cabe mencionar las recomendaciones del Consejo de Europa en que se estipulan formas en que los Estados deben cumplir con la protección efectiva de los derechos establecidos en la CEDH, especialmente impidiendo largos procesos y procesos sobre temas ya decididos por el Tribunal. Entre estas recomendaciones se resalta reiteradamente la absoluta necesidad de adaptar la legislación interna no solo a la CEDH sino también a los fallos del TEDH.⁶⁶

⁶² Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 120.

⁶³ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 94-98. En similar sentido se ha pronunciado el TEDH en el fallo fundamental *Opuz v. Turkey* (cit. nota 49), en que el Tribunal juzga un caso de violencia contra la mujer y se pronuncia sobre la situación vulnerable de la mujer turca: "la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía ha creado un clima conducente a la violencia doméstica" ("*general and discriminatory judicial passivity in Turkey created a climate that was conducive to domestic violence*") (§ 198).

⁶⁴ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 119 ("*By pointing to systemic deficits the Court seeks to manage its increasing case load. It requires ever-increasing measures which go beyond individual remedies by expecting States to review their legislation, rules and regulations, public procedures, and judicial practices in order to prevent future violations*") [traducción de inglés M. L. B.].

⁶⁵ Cf. Malarino (cit. nota 3), p. 50 y *passim*.

⁶⁶ Recomendaciones del Consejo de Europa adoptadas por el Comité de Ministros el 12 de mayo de 2004, Rec (2004)6.

5. Derechos procesales: los derechos emergidos de las obligaciones procesales del Estado

Las tendencias del Tribunal Europeo en cuanto a su interpretación de los derechos fundamentales sentados en la CEDH pueden revisarse, además, a partir de ciertos derechos procesales centrales en el ámbito penal: el derecho del imputado al debido proceso (artículo 6) y el derecho de la víctima al recurso efectivo (artículo 13). Estos derechos y garantías, según la interpretación que se les dé y, en general, según la metodología interpretativa que se haga de la CEDH, podrían devenir en opuestos el uno del otro.⁶⁷ El Tribunal, sin embargo, hasta ahora ha logrado impedir tales contradicciones.

5.1. Artículo 6 CEDH: derecho a un proceso equitativo (protección de los derechos del ofensor, no de la víctima)

La investigación y la persecución deben realizarse de acuerdo a las normas procedimentales vigentes, que a su vez deben estar en armonía con la CEDH. Esta es una obligación complementaria a la obligación de perseguir: el hacerlo en respeto de los derechos del acusado. El artículo 6 de la CEDH exige un “juicio justo”, lo que se refiere al juicio penal llevado adelante contra un acusado (justo respecto de él), y no al juicio que pudiera ser exigido y esperado por las víctimas. El acento en la función preventiva del sistema penal que antes mencionamos no lleva al Tribunal a afirmar que las víctimas —individualmente consideradas— tengan un derecho protegido por la CEDH a que sus ofensores sean efectivamente perseguidos criminalmente. Es decir, no hay un *derecho a la justicia* protegido por la CEDH.⁶⁸ Esta es una de las temáticas que distancian al TEDH de la Corte IDH, que sí considera que tal derecho existe de acuerdo a la CADH.⁶⁹

⁶⁷ Así como en el ámbito de la Corte Interamericana el derecho del imputado se ve muchas veces en desventaja respecto del derecho (no escrito) de las víctimas a un juicio justo (véase *infra* nota 69 y texto principal).

⁶⁸ *Danini v. Italy*, App. n.º 22998/93, 87 Com EDH Dec. & Rep. 24 (14 de octubre de 1996); *Erikson v. Italy*, TEDH App. n.º 37900/97, Decisión sobre la admisibilidad del 26.10.1999; *Perez v. France*, TEDH App. n.º 47287/99, fallo 12.2.2004; *Öneryıldız v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁶⁹ Véase al respecto el texto de Malarino (cit. nota 3, p. 46), quien entiende este reconocimiento de derecho de parte de la Corte IDH como una punitivización en la jurisprudencia de la Corte, que es fundamentalmente antiliberal y *contra-conventionen*, ya que “de la mano de este super-derecho a la justicia de la víctima, la Corte Interamericana está creando un verdadero ‘estatuto de la víctima’ opuesto al ‘estatuto del imputado’ consagrado en la Convención, esto es, un *Bill of rights* no escrito de la víctima que neutraliza el *Bill of rights* escrito del imputado”.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

El TEDH ha dicho que no hay un derecho convencionalmente reconocido de la víctima a “que se haga justicia”,⁷⁰ es decir, ni el derecho a un juicio justo (que tiene por destinatario al acusado), ni el derecho a la vida pueden tomarse como fuente de aquel.⁷¹ En algunas sentencias expresamente se estipula que la obligación estatal consiste en la investigación (no en la condena),⁷² y se rechaza por lo tanto que se trate de un derecho a la “venganza privada”.⁷³ Debe destacarse, sin embargo, que en la doctrina y la jurisprudencia se advierte cierta tendencia hacia el reconocimiento a la víctima de un derecho a juicio justo, incluso dentro del proceso penal.⁷⁴ El artículo 6.1 CEDH establece que el juicio equitativo debe garantizarse a toda persona en el proceso “que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil”, es decir, también a la víctima dentro del proceso civil. Si se atiende a que este proceso puede ser base para la decisión sobre una reparación justa a la víctima de violaciones de derechos humanos, o que el proceso civil puede haberse adosado al proceso penal (por ejemplo, según los § 403 ss. del Código Procesal Penal alemán), que sí debe respetar el principio de juicio justo —tiempo razonable, derecho a ser oído en juicio, etcétera—, la víctima no quedaría excluida del ámbito de protección de la norma, incluso respecto de los procesos penales.⁷⁵

5.2. Derecho a un recurso efectivo: el artículo 13 CEDH y otras variantes

El artículo 13 de la CEDH reza:

Derecho a un recurso efectivo

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional,

⁷⁰ *Öneryıldız v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *M. C. v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 39272/98, fallo 4.12.2003, § 201; *Öneryıldız v. Turkey* (cit. nota 42), § 96. Repetidamente ha exigido el TEDH que se provean los medios para llevar adelante una investigación conducente, sin exigir el resultado castigo (véase ya *supra* nota 44).

⁷³ *Perez v. France* (cit. nota 68), § 70.

⁷⁴ Cf. CPI, *Situation in Uganda*, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 hasta a/0070/06, a/0081/06 hasta a/0104/06 y a/0111/06 hasta a/0127/06 del 19.12.2007, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-112, nm. 27; Stefanie Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 441 con más referencias.

⁷⁵ *Perez v. France* (cit. nota 68), § 57; *Antunes Rocha v. Portugal*, TEDH App. n.º 64330/01, fallo 31.5.2005, § 43-44; *Moreira de Azevedo v. Portugal*, App. n.º 11296/84, TEDH, fallo 23.10.1990, § 67; *Tomasi v. France*, App. n.º 12850/87, TEDH, fallo 27.8.1992, § 121; *Torri v. Italy*, TEDH App. n.º 26433/95, fallo 1.7.1997, § 21. Cf. Jens Meyer-Ladewig: *EMRK Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, 3.ª ed., 2011, Art. 6 EMRK nm. 4; Stefanie Bock: “Internationale Perspektiven: Einflüsse des Europarates und der Europäischen Union”, en *Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung* (de próxima aparición), nota 21 ss. con más referencias.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

El derecho a un recurso efectivo no exige que ese recurso sea de carácter penal, y tampoco exige que efectivamente el recurso se concrete en una sentencia condenatoria. Así, cuando el TEDH condenó a Turquía por violación del artículo 13 CEDH en *Öneryıldiz*, el argumento no fue que no se impusiera efectivamente una pena, sino que no se llevara a cabo una debida investigación (“recurso efectivo”) que abriera el camino a una eventual reparación civil.⁷⁶

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la protección brindada por el artículo 13 tiene validez exclusivamente en los casos en que haya existido una violación de los derechos y libertades reconocidos por la CEDH, es decir, únicamente en los casos en que la violación de los derechos de la víctima haya sido cometida por el Estado a través de sus agentes —ya que únicamente un Estado puede incumplir los deberes impuestos por este Convenio, que no está destinado a los particulares—. Por este motivo, en el caso *Erikson*⁷⁷ el TEDH exigió la debida investigación de los crímenes no como derivación del derecho al recurso efectivo protegido por el artículo 13 CEDH —que se refiere, como se dijo, fundamentalmente al recurso efectivo frente a abusos del Estado y en el caso en cuestión no podía ser aplicado—, sino como derivación directa de los derechos afectados, en una suerte de *protección retrospectiva*: cada víctima de abusos graves tiene derecho a que se inicie una investigación, ya que de no iniciarse tal investigación la validez de sus derechos estaría en peligro y puesta en cuestión.⁷⁸ De esta manera, la CEDH puede ser aplicable incluso en casos en que el ofensor es una persona privada sin vinculación con el Estado, ya que el derecho al recurso efectivo se deriva de la norma de protección del derecho sustancial presuntamente violado en el caso concreto.⁷⁹ Este paso es algo así como una ampliación del alcance de protección de los derechos sustanciales *ex post facto*: “La investigación es requerida para asegurar retrospectivamente los derechos

⁷⁶ *Öneryıldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 148. Más recientemente *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 144. Cf. también Naomi Roht-Arriaza: “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, en *California Law Review* 78: 449 (1990), p. 478 s.

⁷⁷ *Erikson v. Italy* (cit. nota 68). Véase ya con anterioridad *Kaya v. Turkey*, TEDH App. n.º 158/1996/777/978, fallo 19.2.1998, § 78.

⁷⁸ Cf. Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 126 ss.

⁷⁹ *X. and Y. v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 16/1983/72/110, 91, fallo 27. 2.1985, § 22-23; *Kaya v. Turkey* (cit. nota 77), § 86.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

sustantivos de la víctima, lo que se parece más a un remedio”.⁸⁰ El derecho a la vida, el derecho a la libertad, etcétera, devienen mediante esta interpretación en derechos a la protección procesal.

Esta interpretación extensiva respecto de los derechos establecidos en la CEDH es objeto de diversas críticas. El argumento principal radica en que el TEDH está realizando una inversión de la carga de la prueba en contra del Estado investigado: Si no se puede establecer la responsabilidad del Estado respecto de un homicidio, se puede establecer subsidiariamente la responsabilidad del Estado por no llevar a cabo las investigaciones requeridas para determinar quién ha infringido la prohibición del homicidio.⁸¹ Indirectamente entonces el TEDH establece la violación del artículo 2 por el Estado por incumplir las obligaciones procesales emanadas de este. En esta interpretación extensiva de los derechos sustanciales algunos autores ven cierta similitud entre el TEDH y la jurisprudencia que la Corte IDH ha sentado a partir del caso *Velásquez Rodríguez*, en que se considera violado el derecho a la vida por la falta de investigación de los hechos y de castigo de los ofensores luego de la desaparición de la víctima.⁸² Creemos que tal asimilación de ambas jurisprudencias no es del todo correcta. Los derechos de la víctima tal como son interpretados por el TEDH no “neutralizan” los derechos del propio imputado, como sí sucede en muchos casos de la Corte IDH.⁸³ Si bien el TEDH amplía considerablemente el alcance de los derechos sustanciales y la protección procesal, esta extensión no va en perjuicio de los derechos del acusado, sino que tiene por fin primordial establecer obligaciones al Estado en cuestión.

⁸⁰ Seibert-Fohr (cit. nota 41), pp. 128-129 (“*Investigation is required to secure retrospectively the substantive rights of the victim, which is more akin to a remedy*”).

⁸¹ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 129.

⁸² Cf. Caso *Velásquez Rodríguez*, Corte IDH, serie C, n.º 4, fallo 29.7.1998, § 148. Un análisis crítico del caso ofrece Roht-Arriaza (cit. nota 76), pp. 467 ss., 472, quien entiende que la Corte IDH deja varias preguntas sin respuesta, entre las cuales destaca la cuestión relativa a si un solo (presunto) caso de desaparición (forzada) puede ser suficiente para exigir al Estado la movilización de sus recursos investigativos y sancionatorios a fin de evitar la violación del derecho a la vida, o si en cambio es necesaria la existencia de un cuadro de “práctica administrativa” de desapariciones forzadas (p. 473); por otra parte, la amplitud de la Corte IDH al evaluar la violación del derecho a la vida resultaría incongruente —otra crítica esbozada por la autora— con la estrechez del remedio exigido por la Corte IDH, que se reduce al resarcimiento monetario (p. 474).

⁸³ Cf. *supra* nota 69.

6. En contra de la tesis de la *timidez*

Incluso cuando se trata de la investigación de graves violaciones de derechos humanos, los derechos del acusado permanecen (generalmente) incólumes. Esta interpretación estricta del TEDH le ha valido numerosas críticas, ya que tales concesiones son vistas por algunos autores incluso como una vía a la impunidad.⁸⁴ Si esto fuese así, el calificativo de tímido (¿o tal vez *cauto*?) podría ser aplicado al TEDH, como sugería Von Bogdandy.

Sin embargo, si se observan sentencias del TEDH respecto de los casos de criminalidad sistemática más severos (aquellos que por otra parte se concentran en pocos países, que a su vez enfrentan la mayoría de los casos tratados ante la Corte),⁸⁵ la tendencia al momento de interpretar principios fundamentales del proceso penal y la injerencia del Tribunal en la política criminal de los Estados partes parece no diferir en demasía de la modalidad de la Corte en América Latina.⁸⁶ En el caso *Kononov* la Cámara III consideró que una sentencia de Letonia que condenó por la comisión de crímenes de guerra a un excomandante letón de una sección militar del ejército soviético, quien

⁸⁴ Así por ejemplo lo pone explícitamente de manifiesto el trabajo de Sonja C. Grover que investiga la acción del TEDH respecto de crímenes internacionales y que se titula *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Heidelberg et al.: Springer, 2010.

⁸⁵ Al 31 de diciembre de 2010 casi el 60 % de los procesos pendientes ante el TEDH está concentrado en solo cuatro países demandados —que se cuentan precisamente entre aquellos que tienen las causas más graves estudiadas por el Tribunal—: Rusia 28,9 % de los procesos en trámite, Turquía 10,9 %, Rumania 8,6 % y Ucrania 7,5 % (*Council of Europe Annual Report 2010*, cit., nota 4, p. 127). Sobre la similitud entre los casos contra Turquía y los casos llevados ante la Corte IDH véase Aldana Pindell: "An Emerging Universality of Justiciable Victim's Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes", en *Human Rights Quarterly* 26 (2004), pp. 605-686, p. 635 ("grandes violaciones de derechos humanos", que incluyen "ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura u otro tipo de tratos inhumanos, o el saqueo de casas y cultivos sospechosos de ser adeptos al PKK" ["*gross human rights violations*"]; "included extrajudicial executions, forced disappearances, torture or other inhumane treatment, or the pillage of homes and crops of villagers believed to support the PKK").

⁸⁶ Véase en este sentido Pindell (cit. nota 85), aquí p. 665 ss., quien da el ejemplo de sentencias dictadas contra Inglaterra por graves violaciones de los derechos humanos, y donde se ha ampliado el ámbito de protección respecto de los derechos de las víctimas sobrevivientes (y sus allegados) obligándose al Estado a justificar los casos en que la persecución de los presuntos autores de los crímenes no fue exhaustiva ni con la debida participación de víctimas y allegados; la autora precisamente hace referencia a que en estos casos el TEDH ha avanzado en forma similar a como lo ha hecho en casos de violación grave de derechos humanos, por ejemplo, respecto del Estado turco ("Como en los casos turcos, estos casos también han estado relacionados con graves violaciones del uso desproporcionado de la fuerza letal o el maltrato de supuestos terroristas o criminales por parte de los agentes policiales estatales" ["*Like the Turkish cases, these cases have also involved grave violations of the disproportionate use of lethal force or the mistreatment of alleged terrorists or criminals by state law enforcement agents*"], p. 666). Los casos mencionados son *McKerr v. the United Kingdom*, n.º 28883/95, fallo 4.5.01; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 24746/94, fallo 4.5.01; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, TEDH n.º 30054/96, fallo 4.5.01; *Shanaghan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 37715/97, fallo 4.5.01.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

había recibido en febrero de 1944 la misión de atacar a un grupo de aldeanos letones (en territorio letón) por ser presuntos colaboradores del ejército nazi, era violatoria del artículo 7 CEDH, dado que al momento de la comisión de los hechos no existía normativa internacional vinculante que los prohibiera ni era previsible para Kononov que pudiera ser perseguido criminalmente por tales hechos.⁸⁷ En su reciente fallo la Gran Cámara decidió que tal condena no implicaba violación del artículo 7 dado que al momento de la comisión de los hechos existía “suficiente normativa y costumbre internacional” que afirmaban la responsabilidad criminal por tales actos.⁸⁸ La Gran Cámara no recurrió al artículo 7.2 CEDH para fundar su decisión, lo cual en algún punto tiñe de cierta *audacia* su decisión.⁸⁹

7. Conclusiones

Si bien la CEDH resulta relativamente vinculante mediante la interpretación que el TEDH haga de ella y del efecto orientador que tal jurisprudencia tiene en los órdenes nacionales, no es vinculante por su rango, ya que en varios países no tiene rango constitucional, ni la jurisprudencia del TEDH es intrusiva, ya que solo establece violaciones pero no define ni impone los medios para evitarlas. Por otra parte, si bien la jurisprudencia del Tribunal es dinámica, no avanza en su interpretación de los derechos fundamentales ni en la imposición de su cumplimiento en forma “antidemocrática” ni “nacionalizante”, como se ha sostenido respecto de la Corte IDH.⁹⁰ En el ámbito del derecho (penal) internacional, tal como es sostenido y entendido por los *internacionalistas* (y no por los *penalistas*), incluso la postura cauta del TEDH es vista como demasiado

⁸⁷ *Kononov v. Latvia*, TEDH App. n.º 36736/04, fallo 24.7.2008.

⁸⁸ *Kononov v. Latvia*, TEDH (Gran Cámara) n.º 36736/04, fallo 17.5.2010, § 237; véanse también § 227, 234 ss., 243. El voto disidente entendió en cambio que sí se violaba el principio de irretroactividad de la ley y que la ulterior persecución penal no había sido previsible para *Kononov* (véase § 22, 23 del voto disidente). Véase también la decisión de inadmisión del caso *Kolk/Kislyiy v. Estonia*, del 17.1.2006, accesible en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kislyiy&sessionid=61433880&skin=hu doc-en>> (traducida al español en <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>>). Para un análisis crítico de estas decisiones pretendidamente “excepcionales” del TEDH véase Alicia Gil Gil: “La excepción al principio de legalidad del n. 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en este mismo volumen.

⁸⁹ Artículo 7.2. CEDH: “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Véase sobre esta *no* aplicación Gil Gil (cit. nota 88).

⁹⁰ Cf. Malarino (cit. nota 3, *passim*).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

intrusiva. En el ámbito del derecho internacional incluso la mera condena de un Estado, aun en abstracto, es generalmente entendida como violatoria de la soberanía nacional. Desde este punto de vista, el TEDH resulta sostener una postura intermedia, entre la muy intrusiva de la Corte IDH y la no intrusiva del derecho internacional.

Respecto de los derechos materiales y procesales analizados, cabe destacar que tanto al establecer los alcances del derecho a la vida, como al definir las pautas procesales que deben respetarse al perseguir violaciones de ese derecho, el Tribunal se ha mostrado recatado en cuanto a las imposiciones hechas a las partes (nuevamente diferenciándose en este punto de la Corte IDH). Este mayor *restraint* debe leerse como producto del contexto socio-histórico-político de los procesos llevados y juzgados por el Tribunal. Los casos mayoritariamente traídos ante el TEDH están relacionados con *individuos particulares* que ven violados sus derechos por el Estado durante un proceso penal, o al requerir la debida atención como víctimas de un delito, etcétera. El alcance de las sentencias va directamente al caso particular, aunque tiene efecto orientador a nivel general para la ulterior jurisprudencia y legislación nacional, así como para actuales “casos paralelos”; su efecto inmediato, sin embargo, no trasciende de la esfera de aquellos individuos directamente. En un gran número de las sentencias de la Corte Interamericana, por el contrario, se trata mayoritariamente de casos en que no solo individuos particulares, sino también la *sociedad* misma, se ven o se han visto afectados por la violación sistemática de derechos humanos por regímenes no democráticos.⁹¹ Cada sentencia de la Corte IDH, por lo tanto, tiene inmediato efecto no solo en las partes involucradas, sino también una clara fuerza simbólica en el colectivo. El campo social e histórico, e incluso la repercusión política son bien distintos en uno y otro terreno. De hecho, incluso quienes realzan el rol positivo del TEDH en Europa lamentan su “palmaria incapacidad de concluir procesos relativos a violaciones masivas de derechos humanos”;⁹² precisamente estos son los procesos que llenan la tarea de la Corte IDH, la cual de forma paulatina va resolviendo precisamente este tipo de causas.

⁹¹ Conc. Pindell (cit. nota 86), p. 623 (“Dada la historia de gobiernos represivos y malestar social en gran parte de las Américas, los casos procesados ante la Corte IDH generalmente han involucrado la comisión estatal de, o la aquiescencia estatal en, actos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, masacres, y desapariciones forzadas por las cuales nadie ha sido sancionado” [“Given the history of repressive governments and civil unrest in much of the Americas, the cases filed with the Inter-American Court generally have involved states’ commission of, or acquiescence in, acts of torture, extrajudicial executions, massacres, and forced disappearances for which no one has been punished”]).

⁹² Wolfram Karl: “Zur Bedeutung des EGMR im europäischen Rechtsgefüge”, en Rüdiger Wolfrum y Philip Czech (comps.): *The European Court of Human Rights overwhelmed by applications: problems and possible solutions: international workshop, Heidelberg, December 17-18, 2007*, Berlin et al.: Springer, 2009, pp. 13-16, p. 14.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

El Tribunal Europeo se muestra menos *activista* al juzgar presuntas violaciones de derechos humanos más *sofisticadas*,⁹³ en que se ven afectadas la intimidad o la libertad de expresión, y el Estado actúa —no obstante la concreta queja— en forma relativamente cauta. El TEDH parece responder cautamente a los reclamos de los ciudadanos y procura no inmiscuirse en extremo en los órdenes internos a fin de no afectar las soberanías nacionales. Pero este mismo TEDH se muestra *activista*, no obstante, al momento de juzgar casos que por su escala y/o violencia y/o sistematización tienen características similares a los casos juzgados por la Corte IDH. En estos procesos, las diferencias en la forma interpretativa de la Convención respectiva parecen relativizarse. La Corte Interamericana se caracteriza por su *activismo judicial*, lo cual podría llamarse *audacia* si tal *activismo* se enfrentase a resistencias de los Estados —los cuales, por el contrario, celebran su forma de actuar—. *Judicial restraint* al momento de juzgar violaciones prolongadas y sistemáticas de derechos humanos de grandes sectores de la población podría ser visto como tibieza y falta de compromiso con el juzgamiento histórico de los crímenes de Estado.

Un tribunal de derechos humanos puede —¿y debe, tal vez?— actuar en forma audaz si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones pro individuo, y contra el poder estatal, ya que sus decisiones no acarrear consecuencias inmediatas a individuos juzgados —puesto que los Estados, no los individuos, se encuentran en proceso— ni están restringidas por los principios reconocidos (en el mundo occidental) del derecho penal —dado que no se trata de procesos penales, sino de procesos propios del derecho internacional, que tienen precisamente por fin la limitación del poder estatal en favor del respeto de los derechos individuales.⁹⁴

⁹³ Término utilizado por la jueza Sylvia Steiner del Tribunal Penal Internacional en la reunión que mantuvo el Grupo de Estudios sobre Cuestiones del Derecho Penal Internacional el 3 de diciembre de 2010, en la sede de dicho Tribunal.

⁹⁴ Un tribunal penal —también el internacional—, en cambio, de ninguna manera tiene permitido mostrar *activismo* o *audacia*. Debe aplicar el derecho en respeto de los principios del derecho penal, y evitar repetir abusos de poder propios de los sistemas estatales a los que —indirectamente a través de sus agentes— se está juzgando.

Fallos citados

- Almonacid Arellano et al. contra Chile*, Corte IDH, serie C, n.º 154, fallo 26.9.2006.
- Angelova v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 38361/97, fallo 13.6.2002.
- Antunes Rocha v. Portugal*, TEDH App. n.º 64330/01, fallo 31.5.2005.
- Bazorkina v. Russia*, TEDH App. n.º 69481/01, fallo 27.7.2006.
- Belolis v. Switzerland*, TEDH n.º 20/1986/167, fallo 29.4.1988.
- Bozzazzi v. Italy*, TEDH App. n.º 34884/97, fallo 28.7.1999.
- Calvelli and Ciglio v. Italy*, TEDH App. n.º 32967/96, fallo 17.1.2002.
- Campbell et al. v. the United Kingdom*, TEDH n.º 5/1980/36/53-54, fallo 22.3.1983.
- Caso Velásquez Rodríguez*, Corte IDH, serie C, n.º 4, fallo 29.7.1998.
- Cesim Yildirim et ál. V. Turkey*, TEDH App. n.º 20109/03, fallo 17.6.2008.
- Chapman v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara) n.º 27238/95, fallo 18.1.2001.
- Christine Goodwin v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara) n.º 28957/95, fallo 11.7.2002.
- Demicoli v. Malta*, TEDH n.º 33/1980/224/288, fallo 27.8.1991.
- Dink v. Turkey*, TEDH App. Nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, fallo 14.9.2010.
- Erikson v. Italy*, TEDH App. n.º 37900/97, Dec. sobre admisib. 26.10.1999.
- Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") contra Brasil*, Corte IDH, serie C, n.º 219, fallo 24.11.2010.
- Gongadze v. Ukraine*, TEDH App. n.º 34056/02, fallo 8.11.2005.
- Hugh Jordan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 24746/94, fallo 4.5.2001.
- Ireland v. United Kingdom*, TEDH, fallo 18.1.1978.
- Kaya v. Turkey*, TEDH App. Nos. 158/1996/777/978, fallo 19.2.1998.
- Kaya v. Turkey*, TEDH App. Nos. 158/1996/777/978, fallo 19.2.998.
- Keenan v. United Kingdom*, TEDH App. n.º 27229/95, fallo 3.4.2001.
- Kelly and Others v. the United Kingdom*, TEDH n.º 30054/96; fallo 4.5.2001.
- Kiliç v. Turkey*, TEDH App. n.º 22492/93, fallo 28.3.2000.
- Kononov v. Latvia*, TEDH (Gran Cámara) n.º 36736/04, fallo 17.5.2010.
- Kononov v. Latvia*, TEDH App. n.º 36736/04, fallo 24.7.2008.
- Loizidou v. Turkey*, TEDH, serie A, n.º 310, fallo 23.3.1995.
- M. v. Germany*, TEDH App. n.º 19359/04, fallo 17.12.2009.
- M.C. v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 39272/98, fallo 4.12.2003.

KAI AMBOS Y MARÍA LAURA BÖHM

- Mahmut Kaya v. Turkey*, TEDH App. n.º 22535/93, 2000-III, fallo 28.3.2000.
- Mamatkouloulov and Abdurasulovic v. Turkey*, TEDH Nos. 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), fallo 6.2.2003.
- Mastromatteo v. Italy*, TEDH App. n.º 37703/97, fallo 24.10.2002.
- McKerr v. the United Kingdom*, TEDH n.º 28883/95, fallo 4.5.2001.
- Moreira de Azevedo v. Portugal*, TEDH App. n.º 11296/84, fallo 23.10.1990.
- Nadrosov v. Russia*, TEDH App. n.º 9297/02, fallo 31.7.2008.
- Öneryildiz v. Turkey*, TEDH App. n.º 48939, fallo 30.11.2004.
- Opuz v. Turkey*, TEDH App. n.º 33401/02, fallo 9.6.2009.
- Osman v. the United Kingdom*, TEDH 1998-VIII 3159, fallo 28.10.1998.
- Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*, TEDH App. n.º 46477/99, fallo 14.3.2002.
- Perez v. France*, TEDH App. n.º 47287/99, fallo 12.2.2004.
- Ramsahai and Others v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 52391/99, fallo 15.5.2007.
- Selmouni v. France*, TEDH (Gran Cámara) n.º 25803/94, fallo 28.7.1999.
- Shanaghan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 37715/97, fallo 4.5.2001.
- Situation in Uganda*, CPI, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 hasta a/0070/06, a/0081/06 hasta a/0104/06 y a/0111/06 hasta a/0127/06 del 19.12.2007, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-112
- Somogyi v. Italy*, TEDH App. n.º 67972/01, fallo 18.5.2004.
- Tomasi v. France*, TEDH App. n.º 12850/87, fallo 27.8.1992.
- Torri v. Italy*, TEDH App. n.º 26433/95, fallo 1.7.1997.
- Tribunal Constitucional contra Perú*, Corte IDH, fallo (competencia) 24.9.1999.
- Tyrer v. the United Kingdom*, TEDH n.º 26, fallo 25.4.1978.
- Von Hannover v. Germany*, TEDH n.º 59320/00, 2004-VI, fallo 24.6.2004.
- X. and Y. v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 16/1983/72/110, 91, fallo 27.2.1985.
- Zwierzynski v. Poland*, TEDH App. n.º 34049/96, fallo 19.6.2001.