

## ASPECTOS RECIENTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS PENALES

Laurence BURGORGUE-LARSEN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El tiempo de las diligencias*.  
III. *El tiempo del proceso*. IV. *El tiempo del juicio*.

### I. INTRODUCCIÓN

Presentar *los aspectos recientes de la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos en asuntos penales* es, actualmente, una tarea difícil. Una cifra hará entender la causa de lo complejo y de la dificultad de tal investigación: la Corte Europea de los Derechos Humanos (CEDH) pronunció, sólo en 2005, 1105 fallos de los cuales 1040 fueron sobre el fondo.<sup>1</sup> Este dato transforma de manera obvia la tarea del investigador en una *casi* “misión imposible” pues no se puede hoy —como se podía ayer— conocer con precisión y por completo la jurisprudencia europea.

En ese contexto, fue necesario encontrar un *file rouge*, esto es, una idea clave con el fin de exponer algunos rasgos característicos de la prolífica jurisprudencia europea en asuntos penales. Este *file rouge* es el del desarrollo de un proceso penal desde el inicio de las diligencias hasta la pronunciación del fallo, pasando por la fase del desarrollo del proceso en sí mismo. Así son tres los elementos claves que se examinarán de manera sucesiva, o sea las tres fases de un proceso penal marcadas por *el tiempo de las diligencias* (II), *el tiempo del proceso* en sí mismo y por fin *el tiempo del juicio* (IV).

<sup>1</sup> CEDH, *Rapport annuel*, 2005 (disponible en formato pdf en el sitio web de la Corte de Estrasburgo, [www.echr.coe](http://www.echr.coe)).

## II. EL TIEMPO DE LAS DILIGENCIAS

La fase de la *custodia bajo control policial* posterior a un arresto (1), la fase de la *investigación* en sí misma (2) y la fase de la *detención preventiva* (3) a la espera del proceso. Si bien esta última debería ser una excepción, se ha vuelto desde hace muchos años una norma en la práctica judicial.

### 1. *Los periodos de control policial* «la garde à vue»

La jurisprudencia europea ha establecido ya claramente su posición acerca de los hechos que puedan ocurrir en este periodo. La CEDH considera, desde un punto de vista general, que el mero hecho de que un individuo muera en circunstancias dudosas durante un periodo corto de privación de libertad (como en el caso una custodia policial) permite dudar respecto de la capacidad del Estado de proteger el derecho a la vida (artículo 2o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en adelante Convenio). La Corte de Estrasburgo subraya de manera sistemática la debilidad de las personas que sufren una privación de su libertad y por ende las autoridades tienen siempre que justificar el tratamiento recibido durante una “custodia policial”. En tal contexto, cuando una persona se encuentra en buenas condiciones físicas al iniciarse una custodia policial y muere durante la misma o la finaliza con una evidente disminución, el Estado tiene que estar en condiciones de suministrar información convincente acerca de los hechos y circunstancias que las provocaron.<sup>2</sup>

Desafortunadamente, ningún Estado parte del Convenio ha podido erradicar completamente los malos tratos perpetrados por los policías. En

<sup>2</sup> CEDH, *Taïs vs. Francia*, 1o.de junio de 2006: «§83. D'une manière générale, le seul fait qu'un individu décède dans des conditions suspectes alors qu'il est privé de sa liberté est de nature à poser une question quant au respect par l'Etat de son obligation de protéger le droit à la vie de cette personne (H.Y. et HÜ.Y vs. Turquie, núm. 40262/98, 6 octobre 2005, § 104). §84. Les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et les autorités ont l'obligation de justifier le traitement qui leur est infligé. Par conséquent, lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et qu'il meurt par la suite, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible sur les faits qui ont conduit au décès (Salman précité, § 100)».

algunos países son prácticas bastante comunes —como en Turquía o en algunos del Este de Europa, recientemente incorporados al Convenio, como Ucrania y Rusia—.<sup>3</sup> Tales prácticas, muy a menudo cuando no de manera sistemática, están calificadas de tortura por la CEDH. Es menester aquí subrayar el hecho de que el contencioso turco ante la CEDH se vuelve, al respecto, más y más preocupante. Para el año 2005, fue el país que contabilizó el número más importante de sentencias pronunciadas por la Corte (290), es decir, aproximadamente 26.24% del número total de las mismas. Los cuatro países que se encuentran detrás de Turquía son Ucrania (120 sentencias), Grecia (105), Rusia (83) e Italia (79). Entre las sentencias pronunciadas contra Turquía en 2005, al menos 15 conciernen malos tratos durante momentos de control policial.<sup>4</sup>

En otros países, estos malos tratos son más aislados y se transforman, cuando se manifiestan, en importantes escándalos político-mediáticos. Un reciente fallo pronunciado contra Francia el 1o. de junio de 2006 lo pone perfectamente de relieve.<sup>5</sup> Se puede observar justamente en las democracias “antiguas” un auge de estos actos perpetrados por los policiales durante los tiempos de control con motivos de odio racial. Asimismo, existen grupos vulnerables de minorías dentro de los Estados —como los *roms* (*romanis*) en todos los países europeos— que a menudo están sujetos a malos tratos.<sup>6</sup>

Otra fase importante de todo asunto de tipo penal concierne las investigaciones que las autoridades tienen que iniciar para elucidar las circunstancias en que se produjeron muertes súbitas o malos tratos.

<sup>3</sup> CEDH, *Mikeyev vs. Rusia*, 26 de enero de 2006.

<sup>4</sup> CEDH, *Sunal vs. Turquía*, 25 de enero de 2005; CEDH, *Biyan vs. Turquía*, 3 de febrero de 2005; *Gültekin et autres vs. Turquía*; *Dalan vs. Turquía*, núm. 38585/97; *Hasan Kılıç vs. Turquía*, núm. 35044/97; *Karakas et Yesilyırmak vs. Turquía*, núm. 43925/98; *S.B. et H.T. vs. Turquía*, núm. 54430/00; *Soner Önder vs. Turquía*, núm. 39813/98; *Dizman vs. Turquía*, núm. 27309/95; *Frik vs. Turquía*, núm. 45443/99; *Sevgin et Ince vs. Turquía*, núm. 46262/99; *Baltas vs. Turquía*, núm. 50988/99; *Karayigit vs. Turquía*, núm. 63181/00; *Cangöz vs. Turquía*, núm. 28039/95; *Günaydin vs. Turquía*, núm. 27526/95; *Orhan Aslan vs. Turquía*, núm. 48063/99; *Hüsnüye Tekin vs. Turquía*, núm. 50971/99; *Afanassiev vs. Ukraine*, núm. 38722/02).

<sup>5</sup> CEDH, *Taïs vs. Francia*, 1o. de junio de 2006.

<sup>6</sup> CEDH, *Bekos et Koutropoulos vs. Grecia*, 13 de diciembre de 2005.

## 2. La investigación «l'enquête»

Aquí, se reanuda con un tema que fue abordado en la Mesa de Derecho Penal del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.<sup>7</sup> Es el tema de lo que la doctrina europea llama el fenómeno de *procedimentalización o de procesualización* de los derechos sustantivos o, dicho de otra manera, la imposición de obligaciones positivas de tipo procesal para la protección de los derechos sustantivos. Tanto el derecho a la vida consagrado en el artículo 2o. del Convenio, como la prohibición de la tortura consagrada en el artículo 3o., permiten de manera obvia el desarrollo de tal fenómeno merced a la ayuda del artículo 1o., que impone a los Estados el reconocimiento de los derechos y las libertades definidos en el mismo Convenio.

Se toma aquí el ejemplo del derecho a la vida para explicitar la argumentación de la CEDH al respecto. El derecho a la vida puede ser considerado como infringido tanto en su aspecto material —consecutivamente por ejemplo al asesinato de una persona— como en su aspecto procesal si ninguna investigación efectiva y concreta ha sido realizada por las autoridades competentes para dilucidar las circunstancias en que un recurso a la fuerza provocó la muerte de una o varias personas.<sup>8</sup>

La jurisprudencia europea más reciente confirma este dato: la importancia de poner en marcha una investigación efectiva para que el Estado defensor no sea condenado por no haber respetado su obligación positiva de investigación.<sup>9</sup> La construcción dogmática tiene evidentemente una ventaja mayor cuando no se puede condenar el Estado por la muerte de una persona, es decir, en lo que concierne el aspecto material del derecho a la vida. Sobre la base de elementos casuísticos propios a ciertos asuntos, hay efectivamente causas en las cuales el juez no llega a condenar al Estado por la muerte de una persona. Sin embargo, el derecho a la vida podrá ser considerado como violado si la investigación acerca de la muerte de una determi-

<sup>7</sup> Burgorgue-Larsen, Laurence, “La Corte Europea de los Derechos Humanos y el derecho penal”, García Ramírez, Sergio (coord.), *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, t. III, pp. 315-381.

<sup>8</sup> Aprovechamos aquí la ocasión para decir rápidamente que las jurisprudencias americanas y europeas están, al respecto, en total sintonía.

<sup>9</sup> CEDH, *Kaya vs. Turquie*, 19 de febrero de 1998, §105; CEDH, *Slimani vs. France*, 27 de julio de 2004, §§ 29-32.

nada persona no ha sido dirigida con profesionalismo. El caso *Ramsahai y otros vs. Países Bajos* lo pone perfectamente de relieve.<sup>10</sup>

La noción de efectividad abarca varios elementos. El *dictum* clásico de la Corte de Estrasburgo al respecto es que “toda investigación tiene que ser completa, imparcial y profundizada”.<sup>11</sup> Detrás de tal expresión, se esconden en realidad, un elenco de condiciones que se tienen que respetar.

Primero, una investigación no será considerada como efectiva si no se concretizó; aquí, hay pura y sencillamente una *ausencia de investigación* claramente sancionada por el juez europeo de Estrasburgo. Lo novedoso de la jurisprudencia de la CEDH radica en el descubrimiento de una obligación procesal en el ámbito del artículo 14 del Convenio que trata de la prohibición de la discriminación. La sentencia *Natchova vs. Bulgaria*, pronunciada por la Gran Sala de la Corte, el 6 de julio de 2005,<sup>12</sup> es aquí sumamente importante. Cuando una persona sufrió malos tratos por motivos racistas, las autoridades tienen obligatoriamente que buscar “si sentimientos de odio o de prejuicios fundados en el origen étnico han podido ser el origen de la violencia”. Dicho de otra manera, en caso de homicidio por causas raciales de miembros de una minoría étnica, el Estado tiene la obligación procesal de investigar de manera efectiva, concreta e imparcial respecto de los hechos, con el fin de establecer dichos motivos.

Segundo, una investigación no será tampoco considerada como efectiva si no es realizada con *independencia* y por ende *imparcialidad*. Las fuerzas

<sup>10</sup> CEDH, *Ramsahai y otros vs. Países Bajos*, 10 de noviembre de 2005.

<sup>11</sup> CEDH, *Kaya vs. Turquía*, 19 de febrero de 1998 §105; CEDH, *Slimani vs. Francia*, 27 de julio de 2004, §§ 29-32; CEDH, *Tais vs. Francia*, 1o. de junio de 2006, §125 : «La Cour rappelle que l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose l'article 2 de la Convention combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de «reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définies dans la... Convention», implique et exige de mener une forme d'enquête effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme. L'enquête doit notamment être complète, impartiale et approfondie».

<sup>12</sup> CEDH, Gran Sala, *Natchova vs. Bulgaria*, 6 de julio de 2005; confirmada por CEDH, *Bekos y Koutropoulos vs. Grecia*, 13 de diciembre de 2005. V. el comentario de D. Rosenberg, «Quand la Grande chambre affirme sa prééminence jurisprudentielle en matière de non-discrimination. L'épilogue de l'affaire Natchova», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 1o. juillet 2006, no. 67, pp.655-665.

policiales causantes de la muerte de un individuo, no pueden estar a cargo de la investigación.<sup>13</sup>

Tercero, dicho procedimiento no será tampoco considerado como efectivo si no está conducido con *celeridad*. El reciente caso contra Francia, juzgado el 1o. de junio de 2006 —al igual que muchos otros casos—<sup>14</sup> pone en evidencia este requisito. El excesivo tiempo que demandó la investigación —además de haber sido muy mal organizada y conducida— fue sancionado por la CEDH sobre la base de la obligación procesal del artículo 2o. Las relaciones entre el tiempo y el derecho son algo interesante, hoy día en la jurisprudencia de la Corte tiene, cada vez más, consideración en el factor tiempo como uno de los criterios para la condena de un Estado.

El contencioso turco ante la CEDH es sumamente abundante en lo que concierne a estos elementos. Tanto la represión contra los kurdos en el este de Turquía como la situación en la parte norte de la isla de Chipre —ocupada por Turquía y estando bajo el control europeo—<sup>15</sup> demuestra que el continente europeo, al menos en el ámbito territorial de aplicación del Convenio, conoce situaciones muy sensibles en las cuales los derechos intangibles están desgraciadamente infringidos.

No hay que pensar, sin embargo, que Turquía —país que está en vía de democratización pero que no es todavía una democracia firme— es el único “mal alumno” de la clase europea. Hay casos que demuestran que ningún país está al abrigo de unas violaciones flagrantes de los derechos humanos, más peculiarmente de la prohibición de la tortura establecida en el artículo 3o. del Convenio.

### 3. *La detención preventiva* «la détention provisoire»

El problema de la duración excesiva de la detención preventiva es uno de los problemas estructurales que la CEDH examina y cuya función aquí es la de velar por la correcta aplicación del artículo 5o. relativo al derecho a la libertad y a la seguridad, cuyo equivalente es en el sistema interamericano el artículo 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a la libertad personal).

<sup>13</sup> Fue justamente el problema de independencia que generó la condena de los Países Bajos en este caso, CEDH, *Ramsahai y otros vs. op. cit.*, nota 11.

<sup>14</sup> *Ad ex.*, CEDH, *Mikeyev vs. Rusia*, 26 de enero de 2006.

<sup>15</sup> CEDH, *Kakoulli vs. Turquía*, 22 de noviembre de 2005.

La Corte de Estrasburgo puso de relieve principios generales y destacó también algunos criterios para controlar por parte de los jueces penales internos, la buena aplicación del artículo 5o. del Convenio.

Los principios generales han sido recordados por el juez europeo en una fórmula que se ha vuelto ya bastante clásica y que se encuentra en numerosas sentencias, así como en una sentencia reciente contra Bulgaria en el asunto *Kolev* del 28 de abril de 2005.<sup>16</sup> La Corte se reconoce competente para controlar los motivos del mantenimiento de la detención, motivos otorgados por las jurisdicciones penales internas. Deben existir razones plausibles para sospechar que la persona arrestada ha cometido una infracción. Pero después de cierto tiempo, estas razones plausibles no son suficientes para la Corte. Su control es clásico, un control *in concreto* en función de las particularidades de cada caso. Así, decidir de mantener en detención preventiva a una persona durante un tiempo bastante largo tiene que ser justificado por la Corte por *necesidades imperiosas (nécessités impérieuses)* que ponen de manifiesto la importancia de la salvaguardia del interés general en detrimento de la presunción de inocencia.

Como el control de la Corte es bastante preciso y estricto, pocas son las justificaciones avanzadas por los jueces (para el mantenimiento en detención preventiva) consideradas como conformes al Convenio. Así, el riesgo de que huya el presunto infractor; los riesgos de colusión sobre los coacusados y de presión sobre los testigos; los riesgos de disturbios al orden público, o el riesgo de alteración de las pruebas no son, en general, justificaciones aceptadas por la CEDH. Sin embargo, hay que poner de relieve la toma en consideración, por el juez europeo, de los peligros relativos a la gran criminalidad. Las exigencias inherentes a la luchas contra la criminalidad de tipo mafioso han conducido a la Corte a crear de manera pretoriana una verdadera derogación a la letra del artículo 5o.

<sup>16</sup> CEDH, *Kolev vs. Bulgaria*, 28 de abril de 2005: «La persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition sine qua non de la régularité du maintien en détention. Par ailleurs, au bout d'un certain temps, elle ne suffit plus. La Cour doit dans ce cas établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté. Quand ceux-ci se révèlent pertinents et suffisants, elle cherche de surcroît si les autorités compétentes ont apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure». Véase también CEDH, *Grisez vs. Bélgica*, 26 de septiembre de 2002; CEDH, *Ilijkov vs. Bulgaria*, 26 de julio de 2001.

punto 3.<sup>17</sup> Nos encontramos aquí ante una concesión a las tesis relativas al “todo seguridad”. Es el asunto *Pantano vs. Italia* del 6 de noviembre de 2003, que admitió una presunción legal de peligrosidad que disminuye las condiciones relativas al mantenimiento en detención preventiva (§69).

### III. EL TIEMPO DEL PROCESO

En esta segunda parte, serán dos los puntos examinados. Se tratará primero de los derechos del acusado durante el proceso (1) y después de la evaluación de las pruebas durante el proceso (2).

#### 1. *Los derechos del acusado*

El proceso penal tiene que proteger los derechos del acusado. Uno de estos, absolutamente fundamental, es el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 6o., punto 2, del Convenio. Hace parte de los elementos de un proceso penal equitativo cuyo valor fundamental fue consagrado muy rápidamente por la Comisión EDH en 1963<sup>18</sup> y por la CEDH en 1983 en el caso *Minelli vs. Suisse*.<sup>19</sup>

Unas cuantas sentencias recientes ponen de relieve que este principio clave se extiende a las decisiones tomadas después del proceso penal. Así, cuando un juez penal se niega a abrir un nuevo procedimiento penal por difamación porque el demandante está acusado de este delito, la CEDH considera que esta actitud del juez nacional es una violación de la presunción de inocencia. Esta solución fue adoptada en el asunto *Diamantides vs. Grecia*, núm. 2 del 19 de mayo de 2005. La violación es quizás aun más evidente cuando un juez se niega a otorgar reparación a una

<sup>17</sup> Artículo 5o., punto 3, del Convenio EDH: “Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, inciso c, del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio de deberes alimentarios”.

<sup>18</sup> Comisión EDH, *Austria vs. Italie*, 30 de marzo de 1963, informe sobre la base del artículo 31.

<sup>19</sup> CEDH, *Minelli vs. Suiza*, 25 de marzo de 1983.

persona por una detención preventiva excesiva aunque las persecuciones hayan sido clasificadas como “sin objeto”, alegando que la persona no había probado su inocencia. Es pura y sencillamente ignorar el fin de las persecuciones y por ende la inocencia del demandante (caso *Capeau vs. Bélgica*).<sup>20</sup>

Al lado de la presunción de inocencia, existen los propios derechos de la defensa que incluyen una serie de derechos como el de *no inculpinarse*, el de poder *participar personalmente en su proceso* y de *beneficiarse de la asistencia de un defensor* [así como el de *poder interrogar a los testigos*]. Serán tratados únicamente algunos puntos relativos a esos derechos, los más reveladores de las “líneas fuerzas” de la jurisprudencia europea.

El derecho de no autoinculparse, es decir, el derecho a no declarar en su contra —del que tendría que ser notificado a todo acusado— fue consagrado como tal en el asunto *Murray vs. Reino Unido* (1996).<sup>21</sup> La CEDH tuvo la ocasión recientemente de restringir su ámbito de aplicación exclusivamente a las acusaciones en materia penal, excluyendo todo lo que concierne a los derechos y obligaciones de carácter civil. Eso fue afirmado con fuerza en el asunto *Rieg vs. Austria* (2005) en el cual la demandante (que tuvo que pagar una multa por ser la propietaria de un vehículo) se había negado a divulgar la identidad del conductor de su vehículo.<sup>22</sup> Es interesante decir aquí que la CEDH establece una relación entre el derecho a no declarar en su contra y el derecho de ser asistido por un defensor.<sup>23</sup>

Hay que analizar ahora otros derechos inherentes al debido proceso para todo inculcado que son el derecho de participar personalmente en su proceso y de ser asistido por un defensor previsto por el artículo 6o., punto 3, del Convenio y detallados por la “sentencia eje” *Poitrimol vs. Francia* (1993).<sup>24</sup> De manera clásica, el derecho de participar personalmente en su proceso incluye varios elementos como la necesidad de informar los cargos dirigidos contra el inculcado, el hecho de asegurarse que éste último haya entendido bien las acusaciones que se formularon contra él, etcétera. Lo que sí es innovador en la jurisprudencia de la CEDH —pues no era mencionada como tal en el Convenio— es la obligación positiva que le cabe al Estado de asegurarse de la presencia de la persona perse-

<sup>20</sup> CEDH, *Capeau vs. Bélgica*, 13 de enero de 2005.

<sup>21</sup> CEDH, *Murray vs. Reino Unido*, 8 de febrero de 1996.

<sup>22</sup> CEDH, *Rieg vs. Austria*, 24 de marzo de 2005.

<sup>23</sup> CEDH, *Averill vs. Reino Unido*, 6 de junio de 2000.

<sup>24</sup> CEDH, *Poitrimol vs. Francia*, 23 de noviembre de 1993.

guida para que esté en medida de seguir los debates del proceso, sobre todo cuando su presencia tiene una importancia evidente.<sup>25</sup> Al mismo tiempo, hay que saber que toda persona perseguida puede renunciar a su derecho de presentarse personalmente a su proceso. En tal caso, la renuncia de manera evidente tiene que ser establecida con claridad y rodeada de garantías. En este contexto, la CEDH puede admitir el juicio *en absentia*. Y cuando la ausencia es la causa directa de la actitud del acusado, no admite la apertura de otro proceso.<sup>26</sup>

La negación de presentarse a su proceso no tiene, por supuesto, como consecuencia la de ser privado de toda asesoría jurídica. La CEDH lo afirmó de manera firme en una importante sentencia, la sentencia *Krombach vs. Francia* (2001) relativa a un asunto penal.<sup>27</sup> El procedimiento penal del juicio *in absentia* fue condenado por la CEDH ya que en esa época, en Francia, delante de la Corte de Casación (instancia suprema del orden judicial) el abogado de un inculpado juzgado *in absentia* no podía presentar la defensa de su cliente. Lo que era, podemos decirlo con firmeza, una aberración procesal inadmisibles. Poco tiempo después de esa condena, la Sala Criminal de la Corte de Casación francesa resolvió tomar en cuenta la jurisprudencia europea (en una sentencia *Dentico*)<sup>28</sup> y, después, el Poder Legislativo en una ley de 2004 reformó el Código Penal ajustándolo de manera clara con las exigencias europeas.<sup>29</sup> El sistema procesal penal francés, en la materia, necesita adaptaciones frecuentes, pues Francia fue de nuevo condenada en 2005 por haberle negado a un abogado defender a su cliente porque éste estaba cumpliendo un pena de prisión en el extranjero.<sup>30</sup>

## 2. La evaluación de las pruebas durante el proceso

Para un juez, la búsqueda y sobre todo la apreciación de las pruebas no es una operación fácil; no es algo evidente. Es aun más delicado cuando están en juego los artículos 2o. y 3o. del Convenio, es decir, el derecho a la

<sup>25</sup> CEDH, *Kremzov vs. Austria*, 21 de septiembre de 1993.

<sup>26</sup> CEDH, *Medenica vs. Suiza*, 14 de junio de 2001.

<sup>27</sup> CEDH, *Krombach vs. Francia*, 13 de febrero de 2001.

<sup>28</sup> Corte de Cass., Crim., *Dentico*, 2 de marzo de 2001.

<sup>29</sup> Ley núm. 2004-204 del 9 de marzo de 2004, que reforma el artículo 379-3 del Código del Proceso Penal.

<sup>30</sup> Corte EDH, *Mariani vs. Francia*, 2005.

vida y la prohibición de la tortura. En general, el demandante tiene dificultades para llegar a demostrar sus alegaciones de tortura o de malos tratos. Es el Estado el que estaría en realidad en condiciones para determinar efectivamente lo sucedido.<sup>31</sup>

La CEDH utiliza —como todo juez— técnicas clásicas de apreciación de la prueba y usa criterios para determinar tanto el *objeto de la prueba* como la *carga de la prueba*. Adapta en la medida de lo posible estos criterios a la especificidad de los casos en los cuales vida y tortura están en juego. Empero, ante las dificultades del recurso clásico a este sistema de pruebas, el juez europeo ha establecido un mecanismo apropiado para poner remedio a la carencia de elementos que permiten demostrar la existencia de la violación del derecho a la vida y/o de la prohibición de la tortura. Asimismo, hizo surgir del Convenio una obligación específica de búsqueda de las pruebas sobre el fundamento de una obligación positiva impuesta al Estado. Como es difícil, cuando no casi imposible, poder establecer la existencia de una prueba de la violación alegada, el juez europeo condena a las autoridades nacionales que no buscan la prueba pertinente. De nuevo, la técnica de las obligaciones positivas da un nuevo “soplo” a la efectividad de los derechos sobre el terreno muy sensible de la prueba.

Por ende, poner en marcha una investigación efectiva después de una muerte, una desaparición forzada, un maltrato, incluye para la CEDH la “obligación para el Estado de tomar *las medidas que le estaban razonablemente accesibles* para que sean reunidas las pruebas relativas al incidente”.<sup>32</sup> La Corte justifica tal argumentación por el principio de subsidiariedad o mejor dicho su papel subsidiario en cuanto a la evaluación de las violaciones. Reconociendo sus propios límites en materia probatoria, impone a los Estados una obligación de tomar estas *medidas razonablemente accesibles* para recoger las pruebas considerando que tal obligación es “inherente” a la obligación más amplia de “investigación efectiva”. Es lo que un autor ha llamado la teoría de la inherencia, ésta que la

<sup>31</sup> Van Nuffel, E., «L’appréciation des faits et leur preuve par la Cour européenne des droits de l’homme dans les affaires mettant en cause les forces de sécurité accusées d’homicides et d’actes de torture: le doute raisonnable et l’inhumain», *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 2001, pp. 856-857.

<sup>32</sup> Corte EDH, Gran Sala, 28 de octubre de 2004, *Tahsin vs. Turquía*, §223; Corte EDH, 28 de octubre de 2004, *Zengin vs. Turquía*, §48.

obligación positiva puesta en evidencia por el juez está relacionada al derecho protegido pues es absolutamente necesaria para su efectividad.<sup>33</sup>

En su control de la obligación positiva específica al terreno probatorio, la CEDH examina en detalle las medidas que el Estado, en función de los casos, *hubiera tenido* que tomar para recoger de manera pertinente las pruebas. Es decir, pone de relieve las lagunas de la investigación por parte de las autoridades. Es una serie de casos surgidos del contencioso turco que permitió a la Corte desarrollar tal jurisprudencia; poniendo de manifiesto la mala fe de las autoridades por no haber recogido las pruebas “accesibles”. Tal jurisprudencia fue sintetizada de manera acertada por un autor quien escribió que: “es la prueba evidente no buscada que está exigida por la CEDH por parte de los Estados, no la prueba que no se puede encontrar”.<sup>34</sup>

#### IV. EL TIEMPO DEL JUICIO

La jurisprudencia demuestra que el juez europeo examina la pertinencia de los fallos internos aunque, desde el estricto punto de vista de las reglas que rigen su competencia, no tendría que volverse en una cuarta instancia jurisdiccional. Eso no está sistemático pues hay también casos en que su posición se exprime de manera más conforme a su competencia. Sin embargo, la consecuencia de tal visión máxima de su competencia es que la CEDH, de manera frecuente, examina, y por ende controla, tanto el uso por las jurisdicciones nacionales del derecho internacional con una vertiente penal (1), como el buen uso del derecho interno vigente por las jurisdicciones penales (2).

##### 1. *El control del buen uso del derecho internacional penal*

El caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, juzgado el 1o. de enero de 2006, pone de relieve el examen por la CEDH del carácter idóneo del uso, por

<sup>33</sup> Sudre, F., «Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme», *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 1995, pp. 363-384, spec., p. 367.

<sup>34</sup> Dutheil-Warolin, L., «La Cour européenne des droits de l’homme aux prises avec la preuve de violations du droit à la vie ou de l’interdiction de la torture: entre théorie classique aménagée et innovation européenne», *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 1o. avril 2005, pp. 233-247.

las jurisdicciones estonias, del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.<sup>35</sup> Para afirmar que la demanda carecía obviamente de base jurídica y para *in fine* rechazarla, la Corte emprendió un análisis pormenorizado de la introducción en el Código Penal de Estonia en 1992 del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Los demandantes habían sido condenados por un tribunal de Estonia a una pena de encarcelamiento de ocho años. El tribunal nacional consideró que en 1949 habían participado en la deportación de la población civil de la República de Estonia ocupada hacia zonas muy lejanas de la Unión Soviética. La defensa de los demandantes consistía en afirmar que, en el momento de los hechos, era el Código Penal de 1946 de la República Socialista Federativa Soviética (RSFS) de Rusia que tenía que aplicarse en el territorio de Estonia y que este Código no preveía penas para crímenes de lesa humanidad.

Estaba en juego el artículo 7o., punto 2, el cual dispone que el principio de legalidad penal no pone obstáculos al juicio y a la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento en el cual fue juzgada, era criminal según *los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*. La CEDH aprovechó la ocasión para afirmar que tal cláusula no prohíbe condenar a una persona para un acto que, en el momento de su ejecución, era un acto criminal en virtud de que el crimen de lesa humanidad está incluido en esos principios. Por ende, consideró que el juicio de las jurisdicciones penales de Estonia cabía con las exigencias del Convenio.

## 2. *El control del buen uso del derecho interno penal*

Actualmente, es sumamente interesante conocer la jurisprudencia europea en materia de libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del Convenio. De hecho, en esta materia, la CEDH tiene que examinar, y por consecuencia, controlar, las condenas penales pronunciadas por los tribunales internos (por difamación, por apología del racismo, crimen de lesa humanidad, por la negación del Holocausto y, de manera general, la negación de todo hecho histórico reconocido). Es sobre este último punto en el que se concentrará el análisis.

<sup>35</sup> CEDH, *Kolk et Kislyiy vs. Estonia*, 17 de enero de 2006.

El debate aquí es sumamente conocido. Se puede resumir con varias preguntas ¿uno puede o no decir todo lo que quiera en nombre de la libertad de expresión?, ¿permite el trabajo histórico, discutir, debatir sobre hechos históricos hasta negar hechos reconocidos? Y cuando las ideas racistas proliferan merced a la libertad de expresión, ¿dónde se encuentra el límite, ¿cuáles tienen que ser las respuestas de las democracias? Todo eso tiene que ver con la problemática del “abuso del derecho”.<sup>36</sup>

### A. *La cuestión del abuso del derecho*

Existe una disposición horizontal del Convenio que trata del “abuso del derecho”, prohibiéndolo. Se trata del artículo 17<sup>37</sup> —redactado en 1950 con el anhelo de evitar todo tipo de tentación totalitaria—.<sup>38</sup> Durante mucho tiempo, el uso por la CEDH de tal disposición fue muy tímido, lo que fue objeto de muchas críticas doctrinales. El juez europeo no se atrevía a invocarla para sancionar declaraciones claramente contrarias a los principios democráticos. Estaba utilizada únicamente como cláusula interpretativa de las limitaciones de los derechos.<sup>39</sup> Así, funcionaba sólo para evaluar la necesidad de restricción a un derecho fundamental.

Desde aproximadamente menos de diez años, la jurisprudencia europea empezó a cambiar. Así, al final de los años noventa, la CEDH afirmó de manera categórica que: “la negación o la revisión de hechos históricos claramente establecidos como el Holocausto” o “la justificación de una política pro-nazie estará sustraída” por el artículo 17 a la protección de la

<sup>36</sup> Cohen-Jonathan, G., «Abus de droit et libertés fondamentales», *Mélanges en hommage à Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 527; Flauss, J-F, «L’abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l’homme», *RUDH*, 1992, pp. 461 y ss.; Spielmann, A. «La Convention européenne des droits de l’homme et l’abus de droit», *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 673 y ss.

<sup>37</sup> Esta cláusula afirma que «aucune des dispositions de la Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d’accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus» dans la Convention «ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues» au sein du texte conventionnel.

<sup>38</sup> P. Le Mire, «article 17», L-E. Pettiti, E. Decaux, P-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme*, 2a. ed., Paris, Economica, 1999, pp. 197 y ss.

<sup>39</sup> Cour EDH, *Sidiropoulos vs. Grecia*, 10 de julio de 1998, §29; Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie et a. vs. Turquie*, 30 de enero de 1998, §60; Cour EDH, *Parti de la liberté et de la démocratie (Özdep) vs. Turquía*, 8 de diciembre de 1999, §47.

libertad de expresión del artículo 10. Eso fue el *dictum* de la sentencia *Lehideux et Isorni vs. Francia* del 22 de septiembre de 1998.<sup>40</sup> En sí misma, la afirmación es importante. En el caso específico no obstante, la solución concreta de la CEDH fue claramente decepcionante pues no aplicó la lógica del artículo 17 y no la opuso a los demandantes. Al fin y al cabo, Francia fue condenada a causa de la actitud de sus tribunales penales que habían condenado al demandante, sobre la base de las disposiciones del Código Penal (artículo 24 al 5o. de la Ley del 29 de julio de 1881) por apología de crimen de guerra y del crimen de colaboración con el enemigo.

El caso *Garaudy vs. Francia* permite afirmar que la CEDH acepta, hoy día, otorgar al artículo 17 un carácter operativo.<sup>41</sup> Roger Garaudy es escritor y filósofo francés, antiguo miembro del Partido Comunista francés y recién convertido a la religión musulmana. Es además un adepto de la negación del Holocausto. Desarrolló su visión en un libro llamado *Los mitos fundadores de la política israelí* publicado en 1985. La cuestión que la Corte tenía que examinar era clave: ¿sí o no es posible publicar un libro que pone en duda la existencia de la llamada *solución final*, las cifras de las víctimas del Holocausto y, después, quejarse de la condena consecutiva a tales afirmaciones delante de la CEDH apoyándose en la libertad de expresión? Con su decisión de inadmisibilidad pronunciada por unanimidad, la CEDH impidió a Roger Garaudy, el demandante, abusar de su libertad de expresión, confirmando la condena pronunciada por las jurisdicciones penales francesas. Considerando que el autor dudaba de “la realidad y la gravedad de los hechos históricos que no hacen discusión entre los historiadores”, Roger Garaudy había hecho suya la tesis de la negación del genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial. Para la Corte, eso es irremediablemente incompatible con los valores fundamentales del Convenio, expuestas en el preámbulo, así como la justicia y la paz.

El mecanismo del artículo 17 no funciona cuando se presenta un mero trabajo de investigación *acerca de la verdad histórica*, derecho común de la libertad de expresión imponiéndose de nuevo. El caso *Chauvy vs.*

<sup>40</sup> Corte EDH, *Lehideux et Isorni vs. Francia*, 22 de septiembre de 1998; G. Cohen-Jonathan, *RTDH*, 1999, núm. 38; P. Mathonnet, *Légipresse*, núm. 157, III, p. 161 y ss.; J-F. Flauss, *AJDA*, 1998, p. 998; F. Sudre, *JCP*, 1999-1105; F. Massias, *RSC*, 1999, p. 151.

<sup>41</sup> Cour EDH, DR, *Roger Garaudy vs. Francia*, 24 de junio de 2003. Para comentarios de ese importante caso, véase Roets, D., *Dalloz*, 2004, pp. 240-244; Levinet, M, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, núm. 59, pp. 653-662.

*Francia* (2004) lo demuestra perfectamente,<sup>42</sup> y de manera aún más reciente el caso *Giniewski vs. Francia* (2006).<sup>43</sup>

En el primer asunto, el demandante, un periodista (el señor Chauvy) y ediciones importantes en Francia, las ediciones Albin Michel, fueron condenados por las jurisdicciones penales francesas después de la publicación de un libro llamado *Aubrac-Lyon 1943*, con el motivo de que representaba una difamación pública contra el señor y la señora *Aubrac*, famosos resistentes durante la Segunda Guerra Mundial. La condena por difamación radicaba en el hecho de que el periodista, en su libro, consideraba que la pareja *Aubrac* había, en realidad, traicionado a otro famoso resistente, emblema de la Resistencia francesa, el llamado Jean Moulin —arrestado y fusilado por la Gestapo sin otra forma de proceso después de una denuncia anónima—. En este caso, la CEDH precisa que “la investigación de la verdad histórica hace parte de la libertad de expresión”, considerando que su tarea no es dar su opinión sobre *la cuestión histórica de fondo* y que, sobretudo la cuestión en juego en el caso “escapa” a la categoría de los hechos históricos claramente establecidos (§69). No obstante, la CEDH no condena a Francia; organizando su argumentación sobre el terreno de la protección de los derechos de los terceros, consideró que el contenido del libro “no ha respetado las reglas esenciales del método histórico” (§77). Considerando que los jueces internos habían examinado con mucha precisión el caso, decidió no oponerse al examen pormenorizado de los jueces penales y no poner en duda su trabajo. En este caso muy social y políticamente sensible, es de notar que la CEDH no quiso entrar en el detalle de los hechos quedándose sumamente prudente, lo que —como hemos visto— no es una actitud constante.

En el asunto *Giniewski*, el demandante, que era periodista, sociólogo e historiador, publicó un artículo criticando a la encíclica *Veritatis Splendor* del papa Juan Pablo II. Una asociación francesa contestó ante las jurisdicciones penales tal publicación por el motivo de la difamación de la fe cristiana. La demanda tuvo cierto éxito, pues el escritor fue condenado a pagar un franco simbólico por *dommages et intérêts* y a publicar un comunicado presentando la sentencia en un diario de difusión nacional. La CEDH condenó a Francia al considerar que tal condena no era necesaria pues el artícu-

<sup>42</sup> Corte EDH, *Chauvy vs. Francia*, 24 de junio de 2004, véase el comentario de De-caux, E., *Journal du droit international*, núm. 2, 2005, p. 532.

<sup>43</sup> Corte EDH, *Giniewski vs. Francia*, 31 de enero de 2006.

lo no ponía en duda la veracidad de hechos históricos bien establecidos, el debate abierto por la crítica de la encíclica —que no era una crítica que incitaba al odio hacia la fe cristiana— era importante en una “sociedad democrática”. No se trataba, en suma, de un ataque contra la fe y las convicciones religiosas, sino de un aporte a un debate democrático.

B. *La confrontación libertad de expresión (libertad de la prensa) versus otros derechos*

Es importante, en punto del estudio, notar una nueva tendencia en la jurisprudencia de la CEDH relativa a la libertad de expresión y, específicamente, la libertad de la prensa. Hay que empezar recordando que, para la CEDH, la libertad de expresión es uno de los principios, cuando no, *el* principio clave, existencial, fundador de toda democracia. En este contexto, durante años, consideró de manera muy restrictiva los límites a tal derecho fundamental. Ahora, su jurisprudencia tiende a equilibrar más la libertad de expresión, por un lado, con la protección de los derechos de los terceros; por otro, sigue analizando de manera muy estricta las restricciones a la libertad de expresión, pero, al mismo tiempo, considera más los derechos de los terceros, como por ejemplo su reputación. Al fin y al cabo, la confrontación de diversos derechos está más equilibrada y puede tener como consecuencia la valorización, en función de los hechos de los casos, de otros derechos como el de la vida privada —que incluye la protección de la reputación—.

La confrontación libertad de expresión *vs.* vida privada es algo clásico. La jurisprudencia europea demuestra que las personas públicas pueden más fácilmente ser el objeto de críticas,<sup>44</sup> cuando no de injurias a partir del momento en que todo eso está integrado en un debate general que no afecta a la vida privada de la persona pública.<sup>45</sup> El caso *Von Hannover vs. Alemania* (2004) —mucho más conocido como el asunto Carolina de Monaco o de la Princesa— pone perfectamente de relieve la nueva tendencia europea.<sup>46</sup> La CEDH condenó toda la línea jurisprudencial de los tribunales alemanes, incluso la defendida por el Tribunal Constitucional

<sup>44</sup> CEDH, *Lingens vs. Austria*, 8 de julio de 1986, serie A 103; CEDH, *Le groupement des médias ukrainiens vs. Ucrania*, 29 de marzo de 2005.

<sup>45</sup> CEDH, *Tammer vs. Estonia*, 6 de febrero de 2001.

<sup>46</sup> CEDH, *Von Hannover vs. Alemania*, 24 de junio de 2004.

de Karlsruhe, que consistía en valorar de manera desmedida la libertad de prensa, la “prensa de los famosos”, que viola —en nombre de la importancia de la información del público— la vida privada de unos cuantos personajes sumamente conocidos. La CEDH hizo una diferencia entre la información que alimenta de manera obvia el debate público para la vida de la *Cité* (en el sentido antiguo, *i.e.* griego) y la información de las revistas escandalosas que no participan, del todo, en ningún tipo de debate democrático.

En el sentido contrario, hay casos que ponen de relieve el carácter desproporcionado de algunas restricciones a la libertad de la prensa. Un caso interesantísimo dio lugar a una declaración de inconvencionalidad de una parte de la legislación francesa en materia de ofensa a los jefes de Estados extranjeros. Existía en el ordenamiento jurídico francés el famoso artículo 36 de la ley sobre la prensa (Ley del 29 de julio de 1881) según el cual toda “ofensa” en contra de un jefe de Estado o de un jefe de gobierno extranjero y en contra de un ministro de Asuntos Exteriores extranjero *podía estar sancionado por una pena de encarcelamiento de un año y por una sanción financiera o solamente por una de esas penas*. Tal incriminación tenía como meta la protección de los altos responsables políticos extranjeros contra ataques de su dignidad y de su honor. La noción de ofensa estaba concebida de manera muy amplia. Aunque una ley del 15 de junio de 2000 suprimió la pena de encarcelamiento, esta disposición era el objeto de muchas críticas y por ende resultaba bastante dudosa. La condena de Francia en el caso *Colombani*<sup>47</sup> tuvo como consecuencia la abrogación de tal disposición y la adopción de una nueva ley el 9 de marzo de 2004 de Adaptación de la Justicia a las Evoluciones de la Criminalidad (Ley Perben II).<sup>48</sup> En este caso, unos cuantos periodistas del importante diario *Le Monde* —verdadera institución en Francia— habían sido condenados, por las jurisdicciones penales, por haber publicado un artículo muy sensible a cerca del antiguo rey de Marruecos Hassan II poniendolo en evidencia con la participación de estupefacientes. Los periodistas habían basado sus alegatos sobre un informe del Observatorio Geopolítico

<sup>47</sup> CEDH, *Colombani et autres vs. Francia*, 25 de junio de 2002, véanse los comentarios de H. Leclerc, *Légipresse*, núm. 195, III, p. 159; E. Derrieux, *Les PetitesAffiches*, núm. 223, 7 de noviembre de 2002.

<sup>48</sup> «Ley Perben II», Ley núm. 2004-204 du 9 mars 2004, *JORF* del 10 de marzo de 2004.

de las Drogas, informe pedido por la Unión Europea. La legislación penal francesa no les permitía defenderse —para demostrar la verdad de sus alegaciones— divulgando sus fuentes, a saber el informe ya mencionado. Tal prohibición fue considerada por la CEDH “como una medida excesiva para proteger la reputación y los derechos de una persona, aunque se trate de un jefe de Estado o de gobierno extranjero” (§66). Aprovechó la ocasión para afirmar que el delito de ofensa contra un jefe de Estado extranjero lo confería “un estatuto exorbitante del derecho común” (§67). En este caso, la Corte no sólo controló la decisión del juez penal francés, para sancionarla, sino que se atrevió a juzgar el contenido de la ley penal, lo que —hay que subrayarlo— no corresponde a sus competencias. Es importante insistir en este punto para demostrar que su control tiene ramificaciones importantes hasta declarar “la inconvencionalidad de una ley” forzando al Poder Legislativo a cambiar su legislación.