

COLECCIÓN «PENALCRIM» J.M. BOSCH EDITOR



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

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

AUTORES

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

JMB
BOSCH EDITOR


Editorial Jurídica Continental

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

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

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

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



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

JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ

COORDINADORES

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

AUTORES

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

2022

JIB
BOSCH EDITOR



Editorial Jurídica Continental

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

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

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

© MARZO 2022 JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ
COORDINADORES

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

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

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

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

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

Printed in Spain – Impreso en España

Colección «Penalcrim» J.M. Bosch Editor

Coordinadores del Comité Científico

Dr. Alfredo Abadías Selma

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

Dr. Miguel Bustos Rubio

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja

Miembros del Comité Científico

Dra. María del Carmen Armendáriz León

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Ignacio Berdugo Gómez De La Torre

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Sergio Cámara Arroyo

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

Dra. Beatriz Cruz Márquez

Profesora Titular de Derecho Penal
y Criminología
Universidad de Cádiz

Dr. Bernardo Feijoo Sánchez

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

Dr. Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

Dr. Octavio García Pérez

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Dra. Alicia Gil Gil

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Dra. María Concepción Gorjón Barranco

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. José León Alapont

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Dra. Paz Lloria García

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Dr. Víctor Manuel Macías Caro

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

Dr. Esteban Mestre Delgado

Catedrático Universidad de
Alcalá de Henares

Dr. Fernando Navarro Cardoso

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

Dr. Félix María Pedreira González

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dra. Ana María Peligero Molina

Profesora Ayudante Doctora de Criminología
Universidad Internacional de La Rioja

Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Francisco Rodríguez Almirón

Profesor Derecho penal
Universidad de Granada

Dr. Enrique Sanz Delgado

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

Dr. Pere Simón Castellano

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Internacional de La Rioja

ÍNDICE

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

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

CAPÍTULO II

LEGALIDAD PENAL: TIPICIDAD, NO RETROACTIVIDAD, <i>NON BIS IN IDEM</i> . Juan M. Terradillos Basoco		83
1.	Introducción	83
2.	Legalidad penal	85
2.1.	Legalidad y tipicidad (<i>nullum crimen sine lege</i>).....	85
2.1.1.	<i>Nullum crimen sine lege poenalis</i>	86
2.1.2.	Remisión normativa	87
2.1.3.	Previsibilidad.....	89
2.1.4.	Legalidad y principios generales del Derecho	93
2.2.	Legalidad y pena (<i>nulla poena sine lege</i>).....	97
2.3.	Legalidad e irretroactividad (<i>nullum crimen, nulla poena sine praevia lege</i>).....	101
3.	<i>Non bis in idem</i>	104
3.1.	<i>Non bis in idem</i> administrativo y administrativo-penal	105
3.2.	<i>Non bis in idem</i> penal	110
4.	Bibliografía.....	112

CAPÍTULO III

LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PENAL DE APELACIÓN O CASACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Daniel González Álvarez		115
1.	Introducción	116

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

CAPÍTULO IV

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

CAPÍTULO V

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

CAPÍTULO VI

A PROPÓSITO DE LA VIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA: ALGUNOS CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PENA DE MUERTE, LA TORTURA POR AGRESIÓN SEXUAL Y LOS TRATOS CRUELES Y DEGRADANTES EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN. Patricia Vargas González	237
1. Introducción	238
2. Sobre la pena de muerte	239
3. De la tortura por agresión sexual y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes	244
4. De los tratos inhumanos, crueles o degradantes en el ámbito penitenciario	253
5. Conclusiones	258
6. Bibliografía	259
7. Jurisprudencia citada	260

CAPÍTULO VII

A CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (Convenio Europeo de Derechos Humanos - CEDH). Observaciones preliminares sobre el artículo 5 y siguientes. Kai Ambos	263
Relación entre el CEDH y el Derecho nacional	264
1. Significado para el derecho procesal penal alemán	267
2. Ámbito de protección (párrafo 1, frase 1)	267
3. Licitud de la privación de libertad (párrafo 1, frase 2)	269
3.1. Requisitos generales	269
3.2. Los motivos concretos de detención	270
a) Privación de libertad en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente (letra a)	270
b) Detención por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley [letra b)]	271
c) La detención provisional, la prisión preventiva y la prisión provisional (letra c)	272
d) La privación de libertad de los menores (letra d)	273
e) La privación de libertad de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo (letra e)	274
f) Prevención de la entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición (letra f)	275

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

CAPÍTULO VIII

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

		285
1.	Introducción	286
2.	Justicia Penal Juvenil y Derecho Internacional de los DDHH de los niños	287
3.	Caso Mendoza y otros vs. Argentina: Estándares derivados.....	290
3.1.	Presentación	290
3.2.	Síntesis del caso.....	292
3.3.	Estándares derivados de lo resuelto por la Corte IDH.....	294
a)	Prohibición de la aplicación de normas de la Justicia Penal de adultos a personas menores de edad	295
b)	Proscripción de tratos crueles e inhumanos: la prohibición de las penas perpetuas en perjuicio de personas menores de edad.....	297
c)	Atención médica adecuada.....	300
d)	Obligación de respetar y garantizar derechos: integridad personal, libertad personal y el Interés Superior del Niño	301
e)	Rechazo a la doctrina de la situación irregular para justificar la privación de libertad	303
f)	Garantías judiciales: protección a la vida e integridad de NNA.....	304
g)	Deber de adoptar disposiciones en el derecho interno	309
4.	La situación actual de la Justicia Penal Juvenil en Latinoamérica.....	311
5.	Comentarios finales.....	317
6.	Bibliografía.....	319

CAPÍTULO IX

LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS. LA SITUACIÓN EUROPEA. Gloria González Agudelo.	323
1. Introducción.....	324
2. Estándares universales y europeos para la protección y promoción de los derechos de los niños en la justicia penal juvenil	326
2.1. Una justicia adaptada a los niños en Europa	329
3. Derechos de los niños en el sistema de justicia penal según el TEDH.....	332
3.1. Interés Superior del niño en la justicia penal juvenil	335
3.2. Resocialización	337
3.3. Límites referidos a la edad	339
4. Derecho a un proceso equitativo	341
4.1. Derecho a la participación.....	343
4.2. Derecho a la asistencia letrada: presunción de inocencia y derecho a la defensa asesoramiento y representación.....	347
4.3. Directivas procesales.....	349
5. Derechos de los niños en detención	351
5.1. Prohibición de la tortura y condiciones de la detención	354
5.2. Niños en detención administrativa.....	355
5.2.1. Detención, internamiento y expulsión de Niños migrantes...	358
6. Víctimas de delitos	361
7. Reflexión final	363
8. Bibliografía.....	365

CAPÍTULO X

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO «INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR» VERSUS PARAGUAY Un referente jurisprudencial sobre el tema de los Derechos Humanos en materia de personas menores de edad en conflicto con la norma penal. Douglas Durán Chavarría.....	369
1. Introducción.....	370
2. Del procedimiento inicial ante la Corte	374
3. De los hechos que se tuvieron por demostrados	375
3.1. Hechos probados relativos a las condiciones carcelarias en el Instituto	376
3.2. Hechos probados relativos a aspectos jurídicos y del debido proceso	377
4. Sobre el fondo del asunto	378
4.1. Sobre la posición de garante del Estado, el principio de dignidad humana y el principio del interés superior del niño.....	378

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

CAPÍTULO XI

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

CAPÍTULO XII

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

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

Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez

Profesor emérito de la Universidad de Costa Rica

Prof. Dr. Luis Ramón Ruíz Rodríguez

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

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Profa. Titular de Derecho penal
Universidad de las Islas Baleares

CAPÍTULO I

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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