

Trato Inhumano y Abolición de la Pena de Muerte en el Consejo de Europa¹

JON YORKE²

Universidad Ciudad de Birmingham

1. Introducción

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (de aquí en adelante “Convenio”) afirma que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”³. Los *travaux préparatoires* de los debates tendentes a su redacción de 1949-1950 no dejan claro sí al tiempo de redactar el Convenio, se consideró viable bajo la prohibición del artículo 3 utilizarlo para analizar el sistema judicial que acompaña a la pena capital y además no existen registros publicados que revelen discusión alguna sobre la compatibilidad de este artículo con la disposición que permite la pena de muerte del artículo 2 (1)⁴. Sin embargo, en los 60 años

¹ Traducción a cargo de Antonio Muñoz Aunión. Instituto de Derecho penal europeo e internacional (UCLM) y Axel Baldemar Tamez Cano. Investigador de la Unidad Académica Derecho Ciudad Victoria. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240- E/JURI “Abolición o Moratoria universal de la pena capital: puesta en marcha de la Red Académica contra la Pena capital (REPECAP) en apoyo a la iniciativa de la Presidencia española de la UE”.

² Prof. Dr. Jon Yorke. Facultad de Derecho Universidad de la Ciudad de Birmingham. Este artículo se ha beneficiado de las conversaciones mantenidas con William Schabas, Roger Hood, Carolyn Hoyle, Andrew Williams, Anne Oakes y Günter Schirmer, Secretaria del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, y Michelle Lafferty y Paul Harvey, Registro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los errores son del autor. Publicado con anterioridad en *European Public Law*. “Inhuman Punishment and Abolition of the Death Penalty in the Council of Europe” volume 16 Issue 1 (2010).

³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, CETS No. 5 (1953).

⁴ Véase, *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*, vol. 1- 5 (The Hague: Martinus Nijhoff Press, 1976). (De aquí en adelante, “TP” seguido por el número de volumen).

siguientes, el artículo 3 se convirtió en un componente integral de numerosos pronunciamientos contrarios a la pena capital del Consejo de Europa (de ahora en adelante “Consejo”), y los umbrales en continuo desarrollo de este artículo quedan fijados dentro de la jurisprudencia en materia de pena capital del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Existiendo ahora una consolidada literatura de Derechos Humanos que ha contribuido a la creación y mantenimiento de la región como “una zona libre de pena de muerte”⁵ El Consejo ha dado publicidad a este exitoso desarrollo en su página web⁶, y más recientemente, en su página Facebook⁷, así como, la celebración del Día Europeo contra la Pena Capital, “todos los días 10 de octubre”⁸, que representa un foro adicional para que la soberanía popular europea se una al Consejo y se pronuncie contra esta pena. Esta aproximación multifacética se está mostrando hegemónica para el rechazo actual de la pena capital en el marco del derecho público de los Estados miembros, y tomando en préstamo la expresión de Roger Hood y Carolyn Hoyle, esto se debe a que el castigo ha demostrado no haber superado “la prueba de humanidad”⁹.

Este artículo analiza cómo el Artículo 3 ha evolucionado para contribuir al desmantelamiento de este castigo en el Consejo. En la Parte Segunda, se estudia la evolución de la literatura sobre tratos inhumanos tanto en el seno de la Asamblea Parlamentaria como en el Comité de Ministros y se ofrece una visión deconstructivista de los parámetros del artículo 3 como instrumento para el abolicionismo, y se analiza hasta qué punto esta literatura está entrelazada con

⁵ Declaración “Hacia una Zona libre de pena capital” adoptada por el Comité de Ministros, 107 th Sesión, 9 de noviembre de 2000.

⁶ Véase, en general, el archivo temático del Consejo de Europa sobre la Pena de Muerte, disponible en www.coe.int/TE/Com/Files/Themes/Death-penalty/default.asp

⁷ Consejo de Europa, “Europe Against the Death Penalty: Death is not Justice” 5 de noviembre 2008, en-gb.facebook.com/pages/council-of-Europe/42276542714 (último acceso 22 de abril de 2009).

⁸ Declaración conjunta de la Unión Europea y del Consejo de Europa que establece el Día Europeo contra la Pena Capital, 10 de octubre de 2008, véase, www.coe.int/t/dc/files/events/20007_death_penalty/default_En.asp

⁹ Roger Hood y Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 4 ed Oxford, Oxford University Press, 2008 p. 8.

la legislación del Protocolo n. 6¹⁰, que prevé la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, y el Protocolo n. 13¹¹ que establece la abolición en toda circunstancia. El estado actual del artículo 3 en el diálogo con los Estados retencionistas con el estatuto de observador en el Consejo también es objeto de estudio con enfoque en la reprimenda dirigida por la Asamblea Parlamentaria a Japón y Estados Unidos por mantener la pena capital tras haber obtenido el estatus de observador en 1996; la más reciente, fue la producida tras las ejecuciones llevadas a cabo en ambos países en el 2009¹². En la Parte tercera, se presenta una visión crítica tanto de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos como del propio Tribunal. Las opiniones inicialmente timoratas de la Comisión se consideran y se contraponen a una cada vez más extensa jurisprudencia del Tribunal que engloba los distintos aspectos del sistema judicial en materia de pena capital, un punto central para estos análisis, es el de identificar si ha existido una aplicación consistente del artículo 3 a cada aspecto del sistema, o si algunas variaciones en la línea argumentativa analítica del artículo 3 han tenido más índice de éxito para algunas demandas pero no para todas. El capítulo termina por concluir con la recomendación de que el Consejo considere dar forma a las distintas opiniones de sus instituciones y formule unos estándares, en el marco de una política expresa de cómo el artículo 3 puede ser aplicado a los distintos aspectos del sistema judicial de la pena de muerte.

¹⁰ Protocolo n. 6 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, 28 de marzo de 1983, Estrasburgo, CETS No. 114.

¹¹ Protocolo n. 13 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, mayo 3, 2002, Vilna, CETS no. 187.

¹² Nota de Prensa – 071 (2009) Consejo de Europa. El Secretario General Terry Davis condena las ejecuciones en Japón y los Estados Unidos, Estrasburgo, 29 de enero de 2009.

2. La Expansión de los límites del artículo 3

2.1. 1950-1972 De la incertidumbre a una toma de posición limitada

Al repasar el reciente trabajo del Consejo, Frank Dowrick, afirmó que las distintas instituciones se encontraban “muy concienciadas sobre la necesidad de revisar y ampliar la doctrina base de los derechos humanos”¹³ Desde su etapa inicial aparecían voces que mostraban su profundo desencanto de que el artículo 2 (1) mantuviera la pena de muerte¹⁴, y en 1958 se crearon varios comités secundarios para estudiar las cuestiones más problemáticas de los Derechos Humanos en aquel entonces. Uno de ellos, fue el Comité Europeo sobre Problemas del Delito que a su vez dio origen a subcomités que incluía el Subcomité sobre la Pena de Muerte¹⁵. El Subcomité llegó a la conclusión de que la pena de muerte representaba efectivamente un “problema”¹⁶ lo que llevo a que Marc Ancel en 1961 iniciará un estudio que reunía información sobre la aplicación o su rechazo por parte de los Estados Miembros¹⁷. Ancel declaró que el objetivo del estudio era centrarse en la forma de aplicar el derecho penal a nivel nacional, y que cualquier otro aspecto del castigo se encontraba “fuera del alcance de este estudio”¹⁸. Añadió determinados aspectos penológicos que eran interesantes para su estudio, incluidas las formas de ejecución que ponían de manifiesto que “la pena capital en Europa en su conjunto, pone de relieve la eliminación gradual

¹³ Frank Dowrick, “Juristic Activity in the Council of Europe: 25 th Year” 23 ICLQ 3, 610 (1974) p. 616.

¹⁴ El artículo 2(1) del Convenio afirma: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena”. Sobre la interpretación del artículo 2(1), véase, Jon Yorke, “The Right to Life and Abolition of the Death penalty in the Council of Europe” E. L Rev. 34, 2 (2009), pp. 205-209.

¹⁵ A.H Robertson, “The Legal Work of the Council of Europe” 1 ICLQ 1, 143 (1961), pp. 159-160.

¹⁶ Ancel, M.; “The Problem of the Death Penalty” pp. 3-21, en T. Sellin (ed) Capital Punishment New York, Harper y Row, 1967.

¹⁷ Ancel, M.; *The Death Penalty in European Countries*, supra n. 14.

¹⁸ *Ibidem*, p. 3.

de ciertas formas adicionales de tortura física y moral que acompañaban los métodos de ejecución”¹⁹. Estos métodos que fueron utilizados en Europa occidental en aquel tiempo incluían, la horca, pelotón de fusilamiento, la guillotina y el garrote. Si bien, Ancel utilizó el término “tortura” mantuvo el análisis dentro de un marco criminológico y no entro en el ámbito de las primeras Convenciones de Derechos Humanos. Su estudio no trataba de demostrar si estos métodos de ejecución eran inhumanos según el artículo 3 pero esto no es igual a mantener que se mantenía al margen de todo humanismo inherente en consideraciones de Derechos Humanos, al conceder que, de los, en aquel entonces, países retencionistas no había habido “ningún esfuerzo oficial por (...) acabar con la crueldad en las ejecuciones”²⁰. Incluso así, con este malestar que mostró Ancel con el castigo, no se alcanzó impulso político significativo en el Consejo, y para 1966, sólo transcurridos 4 años desde la publicación del informe, el Comité decidió acabar con las investigaciones.

2.2. 1973-1980 Los inicios del Cambio

El problema de la pena no desapareció. En 1973, Astrid Berggren, una parlamentaria sueca, presentó una moción en la Asamblea Consultiva (la denominación política de Asamblea Parlamentaria se modificó en 1974²¹) para adoptar una Resolución sobre la Abolición de la pena capital, y el párrafo siete declaraba, “la pena capital debe considerarse hoy día como inhumana y degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”²². Esta fue la primera vez que un parlamentario intentó, de manera oficial, ampliar la redacción del artículo 3 para cubrir, sin resquicio, la pena de muerte. Berggren pidió a la Asamblea que adoptase una posición

¹⁹ Ibidem, pp. 27-28.

²⁰ Ibidem, p. 28.

²¹ Florence Benoit – Rohmer y Heinrich Klebes, Council of Europe Law: Towards a pan – European Legal Area, (Estrasburgo – Ediciones del Consejo de Europa, 2005), p. 57. Si bien, no fue hasta 1994 que el Comité de Ministros formalmente aceptó esta modificación del nombre y el Estatuto todavía no ha sido revisado para registrar este cambio.

²² Moción para una Resolución sobre la Abolición de la pena capital, Doc. 3297, Asamblea Parlamentaria (octava sesión) 18 de mayo de 1973, para. 7.

firme y que diera lugar a un estándar de Derechos Humanos novedoso del Convenio, no obstante, la moción fue devuelta al Comité de Asuntos Jurídicos donde se archivó. Posteriormente, con la designación de un nuevo *rapporteur*, Bertil Lidgard, se intentó reiniciar el debate con un informe, lo que llevó a largas reuniones hasta que en 1975, el Comité de Asuntos Jurídicos, de nuevo evadió, el asunto y decidió “no presentar el informe a la Asamblea Parlamentaria”²³. Los parlamentarios suecos se mantuvieron en sus trece, y en abril de 1975, Lidgard presentó un informe —no publicado— en el que se identificaban las razones por las que el debate sobre la pena capital debía seguir abierto, y recalca “que se debía prestar atención tanto a las nuevas líneas de desarrollo como a determinados argumentos, de sobra conocidos, que coadyuvan a favor de la causa abolicionista”²⁴. De nuevo, este loable esfuerzo fue paralizado por el Comité de Asuntos Jurídicos en 1976 que mantuvo que la cuestión de la pena de muerte debía ser “diferida”²⁵. Esto llevó a la dimisión de Lidgard como *rapporteur*²⁶.

Posteriormente, en 1977 Amnistía Internacional celebró una reunión en Estocolmo y adoptó una Declaración que incluía la frase “la pena de muerte es el castigo más cruel, inhumano y degradante que se pueda concebir”²⁷. Tras esta Declaración, Christian Broda, el Ministro de Justicia austriaco invitó al Comité de Ministros a discutir si la pena de muerte era un castigo inhumano²⁸. En 1978, los Ministros europeos de justicia priorizaron este asunto para su

²³ Informe no publicado presentado al Comité de Asuntos Jurídicos en 1975, citado en el Informe sobre la Abolición de la Pena capital, Asamblea Parlamentaria, Doc. 4509 (2 y 3 sesiones) 22 de abril de 1980, p. 2.

²⁴ *Ibidem*, p. 3.

²⁵ *Ibidem*, ver también Asamblea Parlamentaria, Diario Oficial de Debates, 32 sesión ordinaria, Abolición de la Pena Capital, Debate sobre el informe del Comité de Asuntos Jurídicos. Doc. 4509 y enmiendas (2 y 3 reuniones), 22 de abril de 1980 palabras del debate, del Sr. Stoffelen de Holanda, p. 60.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Véase, Amnistía Internacional, “Report on the Ammesty International Conference on the Death Penalty. Estocolmo” Documento presentado a la reunión de los Coordinadores Europeos sobre Pena de muerte de Amnistía Internacional, Estocolmo, 30 de marzo de 1985, AI Index: EUR 01/0185.

²⁸ Véase, Christian Broda, “The Elimination of the Death Penalty in Europe” paper presentado en la reunión de los coordinadores europeos sobre pena de

próxima Conferencia que se celebraría en Copenhague, y Broda fue el impulsor de la Resolución n. 4 que recomendaba que el Comité de Ministros “refiriera las preguntas relativas a la pena de muerte a los órganos apropiados del Consejo de Europa para su estudio como parte del programa de trabajo del propio Consejo”²⁹ Siguiendo este llamamiento de Broda, el nuevo rapporteur, Carl Lidbom, presentó un informe al Comité en 1980 y afirmó que el debate sobre la pena de muerte debía continuar ya que este castigo “está siendo cuestionado ... desde una óptica de los derechos humanos”³⁰.

Durante la década de los setenta, España y Portugal abolieron este castigo para los delitos en tiempos de paz, y sólo Francia, en la región de Europa occidental, no era considerada como un país *de facto* abolicionista. Por lo tanto, existía, desde aquel entonces, un rechazo gubernamental casi uniforme de esta forma de castigo, dado que en esta región geopolítica, Dinamarca³¹ había abolido la pena de muerte de su legislación penal para crímenes ordinarios en tiempos de paz desde 1933, como Alemania (Occidental) (que había abolido este castigo para todos los crímenes en 1949, y la Alemania Oriental lo había hecho en 1978), Italia (1947), Holanda (1870), Noruega (1905), Portugal (1978), España (1976), Suecia (1921) y el Reino Unido (que la suspendió en 1965, y la confirmó en 1969)³². A medida que los Estados europeos occidentales le estaban dando la espalda a este castigo, y que la literatura contraria a la pena capital se hacía cada vez más presente, la Asamblea Parlamentaria encontraba una circunstancia políticamente más fértil para actuar. En 1980, la Asamblea Parlamentaria emitió su, hasta la fecha, más férrea proyección de derechos humanos en su Informe, Resolución

muerte de Amnistía Internacional, Estocolmo, 30 de marzo de 1985 AI Index EUR 01/01/85.

²⁹ Resolución No. 4 de la Reunión undécima de los Ministros europeos de Justicia sobre la pena de muerte Copenhague 21 – 22 de junio 1978.

³⁰ El informe no publicado de Bertil Lidgard fue reimpresso en el Informe, supra n. 22.

³¹ Dinamarca había ejecutado penas capitales para crímenes en tiempos de guerra en 1950.

³² Bélgica había mantenido la pena capital pero no la impuso durante este lapso, y era considerada *de facto* abolicionista. La última ejecución en Bélgica se realizó en 1950.

727 y Recomendación 891³³. El Informe específicamente identificaba la pena de muerte como inhumana³⁴ y Lidhom argumentaba que la pena capital era “indudablemente” una violación del artículo 3³⁵. Lidhom concluyó estableciendo, en términos absolutos, que “la pena capital debe ser abolida por la simple razón de que es inhumana y por ende incompatible con nuestro sistema de valores”. Al presentar este informe para el debate, Lidhom informó a sus compañeros parlamentarios que este era el “argumento crucial”³⁶ y varios colegas apoyaron este planteamiento³⁷. En consecuencia, la Asamblea Parlamentaria adoptó la Resolución 727 y anunció, sin reservas, que en su opinión, “la pena capital es inhumana”³⁸.

La Asamblea Parlamentaria pasó a aproximarse al Comité de Ministros y en su Recomendación 891 solicitó a su institución hermana que formulara estos principios abolicionistas en una nueva pieza legislativa³⁹. En 1981, el Comité de Ministros pidió al Comité Director de Derechos Humanos que preparase “un proyecto de Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos que aboliera la pena capital en tiempos de paz”⁴⁰. Por primera vez, se llevó a cabo un debate con posiciones enfrentadas entre el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria sobre lo que se convertiría el Protocolo

33 Informe, supra n. 22; Resolución 727 (1980) sobre la Abolición de la Pena capital, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria, (tercera reunión) 22 de abril de 1980; Recomendación 891 (1980) sobre la Abolición de la Pena capital, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria, (3 reunión) 22 de abril 1980.

34 Ibidem, Informe, pp. 2-3.

35 Ibidem, el Informe indicaba que la pena de muerte era “indudablemente” contraria al artículo 3 del Convenio, p. 14.

36 Véase, Asamblea Parlamentaria, Diario Oficial de Debates, 32 sesión ordinaria. Abolición de la Pena Capital. Debate sobre el Informe del Comité de Asuntos Jurídicos, Doc. 4509 y enmiendas, (2 y 3 reuniones), 22 de abril de 1980. Lidhom afirmó, “el argumento crucial es el que se contiene en el proyecto de resolución: la pena capital es inhumana y por tanto, incompatible con los derechos humanos” p. 54.

37 Ibidem, Sr. Flanagan de Irlanda, p. 56; Sr. Stoffelen de Holanda, p. 60; Sr. Meier de Suiza, p. 61; y Sr. Aasen de Noruega, p. 67.

38 Resolución 727, supra n. 33, para. 1.

39 Recomendación 891, supra n. 33.

40 Consejo de Europa “Introducción” en p. 5 Informe Aclaratorio sobre el Protocolo n. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, (1983).

n. 6 para la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, lo que sería el primer tratado regional de Derechos Humanos que pide restringir la pena de muerte a tiempos de guerra. En 1982, el Protocolo n. 6 fue adoptado, y el artículo 1 sencillamente declara:

“La pena de muerte debe ser abolida. Nadie debe ser condenado a dicha pena o ser ejecutado”

No obstante, el artículo 2 permite que los Estados “adopten medidas para aplicar la pena de muerte en relación a actos cometidos en tiempos de guerra o ante una amenaza inminente de guerra”. Ni en el Preámbulo del Protocolo ni en sus artículos se hizo referencia alguna a que la pena de muerte en tiempos de paz era una violación de la prohibición de tratos inhumanos. Una omisión que no satisfizo a la Asamblea Parlamentaria.

2.3. La Expansión del Consejo de Europa

Tras la Cumbre en Viena en 1993 y la adopción de la Declaración de Viena⁴¹, la posibilidad de que el Consejo se ampliara para incluir a Estados miembros de Europa central y oriental se hizo realidad. La Declaración de Viena, en su párrafo noveno, declaraba que ante los retos futuros a los que tendrá que hacer frente la organización ampliada, se tenía que formular “en el terreno jurídico cuáles eran los valores que definen nuestra identidad europea”⁴². La Asamblea Parlamentaria inmediatamente se puso a establecer que un componente intrínseco de dicha “identidad europea” se infería de su discurso contrario a la pena de muerte realizado en el marco del Convenio. De hecho, Hans Göran Frank, el siguiente *rapporteur* del Comité de Asuntos Jurídicos no perdió tiempo. En 1994 se propuso evaluar las normas relativas a la pena capital en todos los Estados miembros, ya que sí bien en aquel entonces, los Estados miembros occidentales habían denunciado la pena de muerte para crímenes ordinarios, el Protocolo n. 6 no había sido firmado y ratificado por

⁴¹ Declaración de Viena, Decl. – 09. 10.93 E, 9 de octubre de 1993.

⁴² *Ibidem*, noveno párrafo.

todos ellos⁴³, y era necesario que se consiguiera en orden a extender el abolicionismo con éxito en Europa central y oriental. Frank propugnó por incluir el requisito de que los futuros Estados miembros tuvieran que aceptar esta interpretación evolutiva de los Derechos Humanos⁴⁴, y proponía que un Consejo ampliado tuviera la posición firme de que la pena de muerte es “un trato inhumano y degradante en el sentido del artículo 3”⁴⁵. Tomando este nuevo discurso, la Asamblea Parlamentaria reforzó la agenda abolicionista mediante la Resolución 1097 que fijaba que la abolición de la pena capital sería un requisito para nuevas adhesiones⁴⁶.

Con objeto de facilitar los procesos de abolición de los nuevos Estados miembros, la Asamblea Parlamentaria consultó a la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (más conocida como “Comisión Venecia”)⁴⁷. La Comisión Venecia identificó la existencia de “un paralelismo entre pena de muerte y la comisión de tortura y de tratos o penas inhumanas o degradantes”⁴⁸ que empezaba a ser generalmente aceptada en este proceso de expansión. Por ejemplo, la Constitución de Rumania en su artículo 22, sección

⁴³ Países que aparecen aquí con sus fechas de ratificación entre paréntesis: Bélgica (1998), Grecia (1998), Irlanda (1994), y Reino Unido (1999).

⁴⁴ Hans Göran Franck, *The Barbaric Punishment: Abolishing the Death Penalty* (The Hague: Martinus Nijhoff Press, 2003), p. 64.

⁴⁵ Informe sobre la Abolición de la Pena Capital, Doc. 7154, Asamblea Parlamentaria, 15 de septiembre 1994, para. 3.

⁴⁶ Resolución 1097 (1996) sobre la abolición de la pena de muerte en Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 28 de junio de 1996 (24 reunión).

⁴⁷ Para una mayor información sobre la Comisión Venecia, véase, www.venice.coe.int/. Véase, Resolución (90) 6 sobre un acuerdo parcial estableciendo la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, adoptada por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 1990 en su 86 sesión. El mandato actual de la Comisión Venecia se puede encontrar en la Resolución (2002) 3 que revisa el estatuto de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, adoptado por el Comité de Ministros el 21 de febrero de 2002 en la reunión número 748 de Representantes de los Ministros.

⁴⁸ Opinión sobre la Compatibilidad de la Pena de muerte con la Constitución de Albania adoptada por la Comisión en su reunión plenaria núm. 38 (Venecia, 22-23 de marzo 1999) sobre la base del informe presentado por el Sr. Giorgio Malinverni (Suiza) y la Sra. Hanna Suchocka (Polonia), CDL – INF (1999) 004 e. Estrasburgo, 24 de marzo de 1999.

2, declara que “nadie puede ser sometido a torturas o ningún tipo de trato o pena inhumano y degradante” y en la sección 3 se afirma “la pena de muerte esta prohibida”. Además, el artículo 25 de la Constitución albanesa copia el artículo 3 del Convenio⁴⁹. Se apuntó también que los Tribunales Constitucionales nacionales estaban adoptando esta posición en su jurisprudencia al anular sentencias con pena de muerte. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional de Ucrania de 1999 que mantenía que la pena capital era inhumana y violaba el artículo 28 de la Constitución del país. La Comisión Venecia observó:

Por tanto puede establecerse, y con confianza, que las dimensiones nacionales e internacionales del Derecho europeo tienden tanto de forma independiente como conjunta hacia la abolición de la pena capital. La evolución en esta dirección es clara y se está convirtiendo en un pilar central del orden público europeo⁵⁰.

La Comisión Venecia ayudó a guiar la legislación del nuevo Estado miembro y proporciono material de apoyo para las decisiones judiciales, así como prestó asistencia, y reforzó, la promoción de un nuevo Protocolo (Protocolo n. 13) que prevé la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia.

2.4. *Éxito agridulce del Protocolo n. 13*

Por todo lo anterior, se podía esperar que el contenido del texto del Protocolo n. 13 recalcase la importancia del artículo 3⁵¹. De hecho, en los debates de la Asamblea Parlamentaria sobre el texto del

⁴⁹ Ibidem, La Comisión declaró que “tanto el artículo 25 de la Constitución de Albania como el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el que Albania es parte no dejan lugar para la ejecución de la pena capital” p. 6.

⁵⁰ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Actividades de la Comisión Venecia relativas a la supresión de la pena capital por Mr. J. Klucka presentado en el Coloquio sobre “The Impact of the case – law of the European Court of Human Rights on the activity of the Constitutional Courts of Central and Eastern Europe” Universidad de Clermont – Ferrand, 15-16 de noviembre de 2002, CDL – JU (2002) 38, Estrasburgo, 20 de noviembre de 2002, sección 2.

⁵¹ Proyecto de Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, Asamblea Parlamentaria Doc. 9316, 15 de enero de 2002, I Proyecto de Opinión para.2.

Protocolo, y el informe presentado por Renate Wohlwend, la Sra. Auken de Dinamarca mantuvo, *inter alia*, que la “aplicación de la pena de muerte representa un trato inhumano y degradante”⁵². En el 2002, el Protocolo n. 13 que establece la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia fue adoptado y su Protocolo declara que la abolición de la pena de muerte resulta esencial para la protección del derecho a la vida y “para el reconocimiento absoluto de la dignidad inherente a todos los seres humanos”. Sin embargo, se sigue manteniendo la laguna del Protocolo n. 6, y el nuevo Protocolo no menciona la prohibición del artículo 3 en ninguno de sus artículos. El Protocolo n. 13, en su artículo 1, sólo declara: “la pena de muerte será abolida. Nadie será condenado a dicha pena, ni ejecutado”.

La calificación por parte de la Asamblea Parlamentaria de la inhumanidad inherente a esta forma de castigo no ha recibido apoyo legislativo por el Comité de Ministros. Al ser, éste el órgano responsable, en última instancia, de la redacción del texto de los Protocolos, al Comité de Ministros corresponde la responsabilidad de esta omisión. Tradicionalmente, el Comité se ha mostrado escéptico frente a las intenciones, más bien radicales, de la Asamblea Parlamentaria de adelantar las fronteras de los derechos humanos, y Danny Nicol ha observado que la Asamblea Parlamentaria puede considerarse como más “entusiasta” en su visión de la legislación en materia de Derechos Humanos, mientras que el Comité de Ministros adopta una perspectiva más “cauta”⁵³.

El Comité de Ministros reúne a los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de ahí que la legislación restrictiva sea quizás un indicio de que los gobiernos soberanos desean mantener para sí mismos los mecanismos para interpretar los límites de los Derechos Humanos y, de forma específica, el alcance del artículo 3. De hecho, el Comité de Ministros es aconsejado por sus grupos subsidiarios que incluye al Relator del Grupo de Derechos Humanos quien durante la redacción del Protocolo n. 13 recomendó omitir

⁵² *Ibidem*, comentarios de la Sra. Auken de Dinamarca, p. 16.

⁵³ Danny Nicol, “Original Intent and the European Convention on Human Rights” PL 152 (2005), p. 154.

disposiciones que hubieran hecho desaparecer la mención a la pena de muerte de la segunda frase del artículo 2(1). El Grupo apuntó las recomendaciones hechas por Renate Wohlwend, para que el Comité de Ministros eliminara la pena de muerte del texto del Convenio mediante el Protocolo n. 13, pero declaró “si bien reconociendo su importante apoyo político” para las opiniones de la Asamblea, el Grupo “llegó a la conclusión de que no era recomendable adherirse a la Recomendación”⁵⁴. El Grupo indicó que uno de los motivos para su rechazo era que una enmienda “hubiera dado lugar a diversas cuestiones jurídicas, a lo que se añadirían declaraciones territoriales y reservas”⁵⁵.

Lo anterior viene a explicar por sí sólo porque aunque el artículo 3 tiene un gran volumen histórico en los archivos del Consejo, ha sido dejado al margen en los Protocolos. El hecho de que, *prima facie*, se permita el derecho de aplicar por parte de los Estados miembros la pena capital bajo el artículo 2(1) hubiera hecho difícil para el Comité situar correctamente el artículo 3 en el Protocolo. Nos parece que hasta que no se enmiende el artículo 2(1) no se dará la posibilidad de mantener la afirmación de que la pena de muerte resulta inhumana en toda circunstancia. Pero, recordando la historia del artículo 3, esto no puede significar que el contenido del Protocolo no puede tener una mención afirmando la importancia de esta prohibición. No existe razón alguna para que, al menos en su Preámbulo, se afirme (en la sintaxis del mismo, *Recordando ...*) las enconadas discusiones históricas. Tras el 2002, la Asamblea Parlamentaria, de manera coherente con este argumento, no ha retrocedido y ha seguido manteniendo abierto el debate del artículo 3. En el 2003, la Resolución 1349 repitió su firme apoyo a la posición absolutista de que la pena “no encontraba espacio legítimo alguno en los sistemas penales de las sociedades civilizadas modernas” y por tanto, era “un acto de tortura, y de trato inhumano y degradante, y en

⁵⁴ Relator del Grupo sobre Derechos Humanos, documentos de referencia: Convenio Europeo de Derechos Humanos, Proyecto de Protocolo No. 13 sobre la Abolición de la Pena de muerte en toda circunstancia, Reunión de los Representantes de los ministros n. 748, de 21 de febrero de 2002, párrafo sexto no numerado.

⁵⁵ *Ibidem*.

consecuencia, una grave violación de derechos humanos universalmente reconocidos”⁵⁶ Además, Wohlwend afirmó en 2006 que la Asamblea Parlamentaria había presentado numerosas resoluciones y recomendaciones sobre la abolición de la pena capital, y mantuvo que seguiría afirmando “su absoluta oposición a la pena capital, que considera como un acto de tortura y un trato inhumano y degradante, y sin duda, la más grave violación de los derechos humanos”⁵⁷. No todo ha sido en vano y se ha alcanzado algún progreso. En el 2007, el Comité de Ministros puso de manifiesto que sus sentimientos hacia el artículo 3 habían cambiado, y declaró, de forma muy semejante a la Asamblea Parlamentaria, que ahora promueve una “firme oposición a la pena de muerte que constituye un castigo inhumano en clara oposición con el derecho fundamental a la vida que todo individuo debe disfrutar”⁵⁸. Sin embargo, este nuevo lenguaje sigue estando, al día de hoy, fuera del texto del Convenio, del Protocolo n. 6 y del Protocolo n. 13. Por tanto, es razonable esperar que sí el artículo 2 (1) se revisa en el futuro y la segunda frase que, *prima facie*, permite la pena de muerte se elimina, el próximo Protocolo para alcanzar esta modificación legislativa incluirá una afirmación expresa de que la pena de muerte no es sólo una violación del derecho a la vida y la dignidad humana sino también una violación de la prohibición de penas inhumanas como se dispone en el artículo 3.

⁵⁶ Resolución 1349 (2003) Abolición de la Pena de Muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2003 (Reunión n. 30), para. 2.

⁵⁷ Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y con estatuto de observador del Consejo de Europa que todavía no han abolido la pena de muerte. Doc. 10911, Asamblea Parlamentaria, 21 de abril 2006; B. Memorando de Explicación, de Sra. Renate Wohlwend, para.1.

⁵⁸ Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y con estatuto de observador del Consejo de Europa que todavía no han abolido la pena de muerte, Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1760 (2006), Respuesta adoptada por el Comité de Ministros el 13 de enero de 2007 en la reunión n. 985 de los Representantes de los ministros, CM/ AS (2007) Rec. 1760 final, 2 de febrero de 2007, para. 2.

2.5. Estados con el estatuto de observadores en el Consejo de Europa y la Aplicación de la pena de muerte en Japón y Estados Unidos de América

En la actualidad, el Consejo cuenta con cinco Estados con estatuto de observador que son Canadá, Japón, México, la Santa Sede y Estados Unidos de América⁵⁹. En la Resolución estatutaria No. (93) 26 sobre Estados con rango de Observadores, el párrafo uno, indica que estos Estados deben aceptar los principios de Derechos Humanos y “cooperar con el Consejo de Europa”⁶⁰. Esta disposición ha sido interpretada por la Asamblea Parlamentaria como una prohibición de que los Estados observadores⁶¹ apliquen la pena de muerte, de ahí que su aplicación fuera de las fronteras del Consejo también sea un castigo inhumano y degradante⁶². Desde su participación en 1996, tanto Japón como Estados Unidos han conservado la pena capital y ambos han llevado a cabo ejecuciones en el 2009⁶³. El hecho de tener Estados con rango de observadores que apliquen la pena capital es una situación paradójica para el Consejo que se creó ya que el estatuto de observadores para estos Estados se les concedió en 1996 antes de que el requisito ineludible para los Estados miembros de ratificar el Protocolo no. 6 hubiera conseguido el impulso suficiente. La Asamblea Parlamentaria ha señalado esta anomalía y es de la opinión que ningún Estado retencionista debería de tener estatuto de observador en el futuro. Para que se conceda este, se

⁵⁹ Resolución estatutaria No. (93) 26, sobre Estados observadores, adoptada el 14 de mayo de 1993.

⁶⁰ *Ibidem*, para. 1.

⁶¹ Abolición de la Pena de Muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, Doc. 9115, Asamblea Parlamentaria 7 de junio de 2001: Recomendación 1627 (2003). Abolición de la Pena de Muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2003 (30 Sesión) y Resolución 1349 (2003) Abolición de la Pena de Muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2003 (30 Sesión).

⁶² La Pena de Muerte en los Estados miembros del Consejo de Europa y en sus Estados observadores – una violación inaceptable de los derechos humanos, Doc. 11675, Asamblea Parlamentaria, 1 de julio de 2008. Moción para una resolución presentada por la Señora Wohlwend y otros, para.1.

⁶³ Informe de Prensa – 071 (2009) *supra*, n. 10.

debe alcanzar, al menos, la abolición *de facto*, siendo deseable la *de iure*⁶⁴.

En un Informe de 2001, la Asamblea “deploro profundamente” los sistemas de pena capital en Japón y Estados Unidos⁶⁵. Cuestionando que pudieran seguir con sus estatutos de observadores si seguía sin haber “un progreso significativo en la implementación de esta Resolución antes del 1 de enero de 2003”⁶⁶. No obstante, no se ha alcanzado progreso alguno y tras la aplicación de la pena de muerte como manifestaciones del “excepcionalismo americano”⁶⁷ y del “excepcionalismo japonés”⁶⁸ el diálogo sigue abierto. Elemento central en las conversaciones de la Asamblea Parlamentaria con Japón y Estados Unidos es que la pena de muerte es una violación inaceptable de los Derechos Humanos⁶⁹, y ha reiterado a ambos que la pena de muerte “representa tortura y un trato inhumano y degradante”⁷⁰. La Asamblea ha “insistido” a Japón y los Estados Unidos que establezcan una moratoria y tomen medidas para abolir la pena de muerte⁷¹, y ha manifestado a ambos países que los asistirá “en sus esfuerzos, en particular, promoviendo el diálogo

⁶⁴ Recomendación 1760 (2006) Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa que no han abolido aún la pena capital, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 28 de junio de 2006 (Sesión n. 20); Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa que no han abolido aún la pena de muerte, Doc. 10152, Asamblea Parlamentaria, 28 de abril de 2004.

⁶⁵ Resolución 1253 (2001) Abolición de la Pena Capital en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 25 de junio de 2001 (Reunión n. 17).

⁶⁶ Ibidem, Parte I, para. 10.

⁶⁷ Véase, Carol Steiker, “Capital Punishment and American Exceptionalism” pp. 57-89 en Michael Ignatieff (ed) *American Exceptionalism and Human Rights*, (Princeton: Princeton University Press, 2005).

⁶⁸ Véase, David T. Johnson y Franklin E. Zimring, *The Next Frontier: National Development, Political Change and the Death Penalty in Asia*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 82-3.

⁶⁹ *supra*, n. 63, para. 1.

⁷⁰ Abolición de la Pena de muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2003, *supra*, n. 62.

⁷¹ Ibidem, para 4.

parlamentario en todas sus manifestaciones”⁷². La Asamblea ha señalado que ha tenido “éxito en la toma de contacto de diálogo con los parlamentarios japoneses”⁷³ en lo que denominó como “diálogo parlamentario transpacífico”⁷⁴. En claro contraste, ha fracasado ampliamente en sus esfuerzos para promover “un diálogo transatlántico parlamentario” con Estados Unidos⁷⁵. De ahí, que la Asamblea pidiera al Congreso norteamericano y a su gobierno, tanto a nivel federal como estatal, que entablase un diálogo más constructivo con el Consejo de Europa en este tema. Anima a los políticos estadounidenses a crear “lobbies” abolicionistas en sus respectivas asambleas parlamentarias, y a continuar invitando a los oponentes a participar en un debate bien informado⁷⁶. Estas recomendaciones no fueron tomadas en cuenta lo que llevo a la Asamblea Parlamentaria a declarar en 2004 que el diálogo con Japón y los Estados Unidos “debía reanudarse con carácter urgente”⁷⁷ y más recientemente, en 2008 la Asamblea pidió al Consejo de Ministros que “reiterase una posición de principios de que los Estados que disfrutaban de estatuto de observador (...) no aplicarán la pena de muerte”⁷⁸ lo que el Consejo hizo en enero de 2009⁷⁹. Esto demuestra que, si bien, tres de los Estados observadores han aceptado y se han unido, al Consejo en su discurso abolicionista, Japón y Estados Unidos son ejemplo de resistencia frente al actual proyecto de externalización. Con todo, el artículo 3

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem, para 5.

⁷⁴ Ibidem, para 4.

⁷⁵ Ibidem, para 6.

⁷⁶ Ibidem, para 10.

⁷⁷ Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa que no han abolido aún la pena de muerte, Doc. 10152, Asamblea Parlamentaria, 26 de abril de 2004, párrafo final no numerado.

⁷⁸ Recomendación 1827 (2008) el Consejo de Europa y sus Estados observadores: la situación actual y el camino hacia delante, Debate en la Asamblea Parlamentaria de 23 de enero de 2008 (Sexta reunión) confirmando las disposiciones de la Resolución 1600 (2008).

⁷⁹ El Consejo de Europa y sus Estados observadores – la situación actual. Respuesta del Comité de Ministros, adoptada en la reunión 1045 de los Representantes de los Ministros (14 de enero de 2009), Doc. 11791, de 16 de enero de 2009.

sigue siendo utilizado por la Asamblea Parlamentaria, de manera consistente, para manifestar a estos Estados que la utilización de la pena de muerte representa la causación de un trato inhumano. Esta situación no variará hasta que estos dos países renuncien a la pena capital.

3. La Interpretación judicial del artículo 3

3.1. *La ausencia de armonía entre el artículo 3 y el artículo 2(1)*

Los órganos judiciales de la (antigua) Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dedicaron a la difícil tarea de reconciliar el artículo 3 con la posibilidad de la pena de muerte como se incluye en la segunda frase del artículo 2(1). El principal asunto era el de considerar si el artículo 3 *per se* convierte a la pena de muerte en una violación del Convenio, o mantener que la prohibición queda restringida a analizar los distintos aspectos de los sistemas judiciales que permiten la pena capital. El primer razonamiento iría en consonancia con las opiniones de la Asamblea Parlamentaria y del Comité de Ministros, pero el segundo reduciría los estándares que se han venido promoviendo. En *Kirkwood c. Reino Unido*⁸⁰, la Comisión Europea de Derechos Humanos por vez primera considero esta intrincada cuestión y sostuvo que:

Se puede observar cierta falta de armonía entre los artículos 2 y 3 del Convenio. Mientras que el artículo 3 prohíbe todas las formas de tratos y castigos inhumanos y degradantes sin ningún tipo de distinción, el derecho a la vida no queda protegido de idéntica manera. El Artículo 2(1) expresamente contempla la posibilidad de imponer la pena capital⁸¹.

Esta posición de la Comisión de 1984 contradecía la posición de la Asamblea Parlamentaria de 1980 y puede ser interpretada como reflejo de un elemento ambivalente, o al menos de un punto de des-

⁸⁰ *Asunto Kirkwood c. Reino Unido*, (1984) 6 E.H.R.R. CD 373 p. 184.

⁸¹ *Ibidem*, p. 190

encuentro de los órganos del Consejo. La Comisión estableció la regla cardinal de que el derecho a la vida tiene ciertas características que en su sentido práctico significa que se interpreta que existen algunas circunstancias (inespecíficas) en las que la pena capital no se considera como una violación del artículo 3. Poco después, en el *Asunto Soering c. Reino Unido* de 1989, el Tribunal consideró la extradición de Jens Soering, ciudadano alemán, al estado de Virginia para enfrentarse a un juicio de pena capital por el asesinato de los padres de su novia. En el transcurso del proceso, Amnistía Internacional presentó una carta *amicus curiae* y sostuvo que la evolución de los estándares de interpretación significaba que la pena de muerte debía ser considerada, en la actualidad, como una violación del artículo 3, y que la extradición del procesado le produciría el padecimiento de un trato inhumano⁸². En aquel tiempo, el Protocolo n. 6 había sido ratificado por 13 Estados miembros y el Tribunal consideró apropiado valorar la importancia de esto para su interpretación de los artículos 2(1) y 3⁸³ Sostuvo:

[las] prácticas posteriores de las políticas nacionales en materia penal, en forma de una abolición generalizada de la pena capital, pueden ser evaluadas como propias de un acuerdo de los Estados partes de abrogar la excepción prevista en el artículo 2(1) y por tanto, eliminar un límite textual sobre el alcance de la interpretación evolutiva del artículo 3.... No obstante, el Protocolo n. 6 como un acuerdo escrito posterior, muestra que la intención de las partes, en una fecha tan reciente como 1983, era la de utilizar el método normal de revisión del texto en orden a introducir una nueva obligación para abolir la pena capital en tiempos de paz, y lo que es más, hacerlo mediante un instrumento opcional que permita a cada Estado elegir el momento en el que adoptar dicho acuerdo. A la luz de estas condiciones, y sin obviar, el carácter especial del Convenio... El artículo 3 no puede ser interpretado como una norma que prohíbe de forma general, la pena de muerte⁸⁴.

El Tribunal en el *Asunto Soering* siguió el razonamiento de la Comisión en *Kirkwood* y rechazó la posibilidad de que el artículo 3 pre-

⁸² *Asunto Soering c. Reino Unido*, (1989) 11 E.H.R.R. 439, para. 8.

⁸³ Los trece Estados miembros que habían ratificado el Protocolo No. 6 en 1989 eran: Austria, Dinamarca, Francia, Alemania, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, (San Marino), España, Suecia y Suiza.

⁸⁴ *Ibidem*.

viese una prohibición *per se* contra la pena de muerte. Esta línea de interpretación no variará a menos que el texto del artículo 2(1) sea enmendado. La decisión *Soering* puede ser vista como la aceptación judicial del papel tradicional de la revisión de un Convenio a través de la técnica legislativa de los protocolos con los Estados miembros adjuntando sus ratificaciones, y el Tribunal interpretando sobre la aceptación o no del Protocolo⁸⁵.

Posteriormente, en el 2003, todos los Estados miembros, a excepción de Rusia, habían firmado y ratificado el Protocolo No. 6, y el Protocolo No. 13 estaba abierto para su firma y ratificación. Los Estados miembros empezaron a firmar y ratificar este nuevo Protocolo y a crear un consenso de que la pena de muerte debía ser abolida en toda circunstancia. Este giro colectivo en la política penal fue considerado por la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Öcalan v. Turquía*⁸⁶. Un asunto sobre la sentencia de muerte de Abdullah Öcalan, líder del PKK —Partido de los Trabajadores del Kurdistán— condenado por los levantamientos kurdos dirigidos a la destrucción de “la integridad del Estado turco”⁸⁷. Esta fue la primera vez que un asunto llegó al Tribunal en el que se trataba de la aplicación de esta forma de castigo en el territorio de un Estado miembro. La Sala, primero, resumió los principios de interpretación general sobre el artículo 3 consistentes con la decisión del asunto *Soering*⁸⁸, y mantuvo que el límite textual que prevalecía en la armonización de los artículos 2(1) y 3 la impedían a adoptar una “interpretación evolutiva”⁸⁹. A pesar de esto, la Sala si llegó a admitir ciertos puntos cuando paso a explicar que “los [E]stados han acordado modificar la segunda frase del artículo 2(1) dado que permite la aplicación de la pena de muerte en tiempos de paz”⁹⁰. De ahí que se puede sostener que en tiempos de paz “la implementación de la pena de muerte puede ser considerada como un trato inhumano y

⁸⁵ Véase, Estatuto del Consejo de Europa, artículo 15(a).

⁸⁶ *Asunto Öcalan c. Turquía* (2003) 37 E.H.R.R. 10.

⁸⁷ Mirja Trilsh y Alexandra Rütth, “Case Comment: *Öcalan v. Turkey*” 100 AJIL 180 (2006), p. 180.

⁸⁸ *Öcalan v. Turkey*, *supra*, n. 88, para 189, citando *Soering*, para 103.

⁸⁹ *Ibidem*, para. 191.

⁹⁰ *Ibidem*, para 198.

degradante contrario al artículo 3⁹¹, y en la Opinión parcialmente disidente del Juez Türmen se explicó en mayor detalle:

El artículo 2 todavía permite la pena de muerte en tiempos de guerra. La conclusión lógica sería entonces que la pena de muerte representa una violación del artículo 3 en tiempos de paz pero no en tiempos de guerra (al estar permitida en el artículo 2)⁹².

La representación de *Öcalan* recurrió esta posición restrictiva de la Sala⁹³. En el recurso a la Gran Sala se sostenía que había tenido lugar una evolución en la dogmática penal que iba más allá de lo que reconocía la Sala⁹⁴, y esta modificación de la política significaba que el artículo 3 debía ser interpretado, como denunciando explícitamente la pena de muerte en toda circunstancia y no sólo limitada a tiempos de paz⁹⁵.

Öcalan también sostenía que había habido una abolición de facto en todos los Estados miembros del Consejo, de ahí que en esencia, ninguna interpretación del artículo 2(1) debería permitir a un Estado miembro infringir un trato inhumano y degradante, y que la pena de muerte *per se* era constitutivo de dicho trato⁹⁶. A pesar de esto, la Gran Sala se mantuvo aferrada a sus anteriores decisiones. El Tribunal en el *Asunto Soering* dio preeminencia a las firmas y ratificaciones del Protocolo n. 6 por los Estados miembros y rehusó iniciar una revisión judicial hasta que no hubiera unanimidad en las ratificaciones. Tras la adopción del Protocolo No. 13, la Gran Sala aplicó los mismos principios interpretativos en *Öcalan* al identificar el Tribunal:

“En el momento actual, el hecho de que todavía haya un número importante de Estados que tienen aún que firmar o ratificar el Protocolo No. 13 puede impedir que el Tribunal establezca que es una práctica establecida de los Estados contratantes considerar la implementación de la pena de muerte como inhumana y degradante con-

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem, Opinión parcialmente disidente del Juez Türmen, en 71.

⁹³ *Öcalan v. Turkey*, (2005) 41 E.H.R.R. 45, para. 157.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, paras 157-158.

traría al artículo 3 del Convenio, ya que ninguna derogación se puede efectuar de dicha disposición, incluso en tiempos de guerra⁹⁷.

La Gran Sala era de la opinión de que sus manos estaban atadas a menos que se produjera la ratificación unánime del Protocolo n. 13. No obstante, al Juez Garlicki esta restricción no le satisfacía al parecerle que “se quedaba muy lejos de resolver el verdadero problema”⁹⁸. Declaró en términos absolutos que el Tribunal debía haber decidido que “el artículo 3 había sido violado porque toda imposición de la pena capital representa *per se* un trato inhumano y degradante prohibido por el Convenio”⁹⁹. Pero, no todos los jueces se mostraron de este parecer, como se contrasta en la Opinión Conjunta parcialmente disidente de los Jueces Costa, Caflisch, Türmen, y Borrego, que sostenía que el artículo 3 no establece *per se* una prohibición¹⁰⁰. En el asunto Öcalan, sostenían, “no hay violación del artículo 3 por la aplicación de la pena capital”¹⁰¹. Estos puntos de vista tan polarizados ponen de manifiesto el conflicto inherente en el Tribunal, y cuatro años después del fallo de la Gran Sala, ahora hay una mayoría de Estados miembros que han firmado y ratificado el Protocolo no. 13, sólo Armenia, Letonia, Polonia y España, quedan por ratificar, y Azerbaijan y Rusia por firmar. No obstante, los casos siguientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se analizan *Infra*, no han determinado aún, de manera explícita, que el artículo 3 contemple *per se* una prohibición en toda circunstancia.

La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han aplicado el artículo 3 a diversos aspectos del sistema de justicia capital, incluidos: (a) la fase de imputación de la pena y su sentencia, (b) la moratoria y las consecuencias de la suspensión de ejecuciones, (c) casos de extradición y deportación, (d) el impacto fisiológico y psicológico de las condiciones del encarcelamiento en el corredor de la muerte, (e) los distintos métodos de ejecución, y (f) el fenómeno del corredor de la muerte y

⁹⁷ Ibidem, para 165.

⁹⁸ Ibidem, Opinión parte concurrente y parte disidente del Juez Garlicki.

⁹⁹ Ibidem, paras 1-2.

¹⁰⁰ Ibidem, Opinión conjunta parcialmente disidente de Jueces Costa, Caflisch, Türmen y Borrego Borrego.

¹⁰¹ Ibidem.

la consideración jurisprudencial de los factores que lo acompañan. Estos aspectos se analizan a su vez, *Infra*.

3.2. *La imputación de la pena capital y su sentencia*

El Tribunal no ha analizado, de manera específica, aún en una opinión mayoritaria el tema aislado de la pena capital. Si bien, los jueces en la Opinión conjunta parcialmente disidente en el Asunto *Öcalan* (véase *supra*), mantuvieron que la pena capital en sí misma no era una violación del artículo 3, y la decisión de rechazar su competencia en el *Asunto Tarlan v. Turquía* se puede ver como que afirma esta posición¹⁰². Tarlan había sostenido que el proceso penal previo a la sentencia en su juicio capital era equivalente a una violación del artículo 3 porque “vivía con el temor de la pena de muerte”¹⁰³ pero el Tribunal apuntó que:

“Ante el mero hecho de que el demandante pudiera ser sentenciado a la pena capital y de que viviera con este temor, no lo consideraba suficientemente como equivalente a una violación dentro del significado del artículo 3 del Convenio. Por tanto, el Tribunal considera que [la aplicación] sea declarada inadmisibles en base a no estar bien fundamentada¹⁰⁴”.

Además, en el asunto *Güvec c. Turquía*, tuvo ocasión de considerar el proceso penal de un adolescente de 15 años que finalmente había sido liberado de la cárcel, pero que se enfrentó a un proceso de pena capital y a malos tratos durante su estancia en la misma¹⁰⁵. Había sido imputado por el antiguo Código penal turco, y el Tribunal sostuvo, que unido al trato inhumano que sufrió en prisión “durante un período de dieciocho meses fue juzgado por un delito que acarrearía la pena capital, lo que debía haber creado una absoluta incertidumbre al denunciante sobre su destino”¹⁰⁶. Una vez más, el Tribunal restringió su parecer al juicio pero no a la propia

¹⁰² Tarlan c. Turquía, Denuncia no. 31096/02, (Decisión parcial) 30 de marzo de 2006; (Decisión) 22 de marzo de 2007.

¹⁰³ *Ibidem*, para. 3.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Asunto Güvec c. Turquía*, Denuncia no. 70337/01, de 20 de enero de 2009

¹⁰⁶ *Ibidem*, para 91.

pena. Parecería que sí el Tribunal mantuviera que la imputación de la pena capital era en sí misma una violación del artículo 3, entonces el análisis del resto de aspectos del sistema de justicia capital sería un asunto irrelevante. No obstante, el Tribunal no ha aislado aún la pena capital en este sentido, de ahí que sea necesario revisar los distintos aspectos del sistema de justicia capital.

De la pena capital, la siguiente fase es el propio juicio y la sentencia. En *Öcalan*, el Tribunal afirmó que imponer la pena de muerte a una persona tras “un juicio parcial debe dar lugar a un grado significativo de angustia vital”¹⁰⁷ y que “la angustia no se puede disociar de la injusticia del proceso”¹⁰⁸. Al llegar a esta conclusión la Sala asoció el artículo 6 del Convenio sobre estándares de un juicio justo¹⁰⁹ con la imposición de tratos o penas inhumanas del artículo 3¹¹⁰. Esta sentencia observa, correctamente, la angustia que debe estar seguramente presente en el espíritu del acusado durante un proceso parcial de pena capital y la sentencia subsiguiente, y utilizo un examen objetivo para establecerla. *Öcalan* no presentó ningún argumento ni escrito ni oral de que, él hubiera experimentado esta angustia, pero el Tribunal si observo la presencia de un efecto cognitivo adverso que llevo al Juez Türman a una Opinión parcialmente disidente en la que declaró:

Los tratos inhumanos en el sentido del artículo 3 se basan en un concepto subjetivo, esto es, miedo y angustia sentida por el denunciante que alcanza el umbral que requiere el artículo 3. En ausencia de una denuncia en este sentido, no resulta posible para el Tribunal ponerse en el lugar del demandante y decidir *ex officio* que ha exis-

¹⁰⁷ Ibidem, para 207.

¹⁰⁸ Ibidem, para 169.

¹⁰⁹ Ibidem, paras. 111 y 169. El artículo 6(1) del Convenio afirma: “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, ...”.

¹¹⁰ Stefano Manacorda, “Restraints on Death Penalty in Europe: A Circular Process” JICJ, 1 263 (2003) p. 281.

tido una violación del artículo 3 basándose en la asunción de que el demandante ha debido sentir dicho temor y angustia¹¹¹.

No obstante, el mecanismo objetivo para determinar los hechos se encuentra en el *Asunto Bader y otros c. Suecia*¹¹². Este caso se refería a la deportación de los denunciantes de Suecia para enfrentarse a la pena capital en Siria tras haber sido juzgados y condenados a muerte en un juicio *en ausencia*¹¹³. El Tribunal reiteró el análisis objetivo al declarar que la prueba de la inexistencia de juicios imparciales en Siria debe ocasionar un grado significativo de incertidumbre y agonía para los denunciantes “lo que llevaría a causarles inevitablemente a los denunciantes temor y angustia sobre su futuro si fueran llevados forzosamente a Siria” para enfrentarse a un juicio capital¹¹⁴.

Resulta conveniente cuestionarse este análisis objetivo y teorizar sobre cual sería la opinión de la Sala si considera que el demandante ha tenido un juicio imparcial, como parece fue el caso en *Tarlan*. Si una persona se enfrenta a la pena capital la “incertidumbre sobre el futuro” estará presente tras el proceso ya sea este parcial o imparcial. En *Soering* se sostuvo que la existencia de un proceso imparcial no paliaba los efectos de una posible sentencia a muerte, y se aceptaba que las disposiciones en los Códigos del estado de Virginia “sin lugar a dudas servían... para impedir una imposición de la pena de muerte caprichosa o arbitraria... si bien no anulaban el... fenómeno del corredor de la muerte para cualquier individuo una vez se produzca la condena a muerte”¹¹⁵.

Tanto, las sentencias *Tarlan* como *Öcalan* fallaron al no considerar el matiz de la posición *Soering* de que la equidad de un juicio capital no neutraliza la inhumanidad del castigo. Además, se sostiene que parece más lógico mantener que la percepción de un juicio de pena capital imparcial hace que la pena de muerte parezca más plausible y no menos. La certeza de una ausencia de las garantías del debido

¹¹¹ Opinión parcialmente disidente del Juez Türmen, en *Öcalan c. Turquía*, *supra*, n. 94.

¹¹² *Asunto Bader y otros c. Suecia*, (2008) 46 E.H.R.R. 13.

¹¹³ *Ibidem*, para. 17.

¹¹⁴ *Ibidem*, para. 47.

¹¹⁵ *Asunto Soering c. Reino Unido*, *supra* n. 83, para. 109.

proceso con mayor probabilidad llevaría a una condena a muerte y no a dudas sobre su aplicación. Si un Estado sortea las garantías del debido proceso en el marco del sistema de justicia capital lo hará con toda probabilidad para conseguir condenas capitales. En razón de esto, y para tener una jurisprudencia consistente de la Convención, sería más apropiado para el Tribunal sostener que el mismo inicio de un juicio capital representa un trato inhumano y esto, se sostiene, estaría en consonancia con la observación en *Soering* (supra). Toda vez que se presenten cargos por delitos capitales y se lleve a cabo el juicio en tiempos de paz, la judicialización de las debidas garantías u otras, de este específico proceso penal deben contemplarse como innecesarias, y sería siempre una violación automática.

3.3. *Moratorias de Ejecuciones*

El Tribunal ha considerado las complejas vicisitudes políticas y los parámetros de las moratorias de ejecuciones en los Estados miembros. Cuando Ucrania entró a formar parte del Consejo en 1995 se inició en este país una moratoria en las ejecuciones. Sin embargo, entre el 9 de noviembre de 1995 y el 11 de marzo de 1997, 212 personas fueron ejecutadas¹¹⁶. En el *asunto Poltoratskiy c. Ucrania*¹¹⁷, y otros casos con Ucrania como parte, decididos el mismo día¹¹⁸, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntó que los denunciantes fueron condenados a muerte con anterioridad a que la moratoria entrase en vigor y citó los informes de la Asamblea Parlamentaria y las Resoluciones 1097, 1112 y 1179, y la Recomendación 1395 en la que constaba la violación de la moratoria por parte del

¹¹⁶ Resolución 1112 (1997) sobre el cumplimiento del compromiso realizado por Ucrania tras su adhesión al Consejo de Europa de poner en marcha una moratoria de ejecuciones, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 29 de enero de 1997 (5 reunión).

¹¹⁷ *Poltoratskiy c. Ucrania*, (2004) 39 E.H.R.R. 43.

¹¹⁸ Véase, *Asunto Kuznetsov c. Ucrania*, Denuncia no. 39042 /97, de 29 de abril de 2003, para 115; *Asunto Nazarenko c. Ucrania*, Denuncia no. 39483/98 de 29 de abril de 2003, para 129, *Asunto Dankevich c. Ucrania*, (2004) 38 E.H. R. R 25, para 126; *Asunto Aliev c. Ucrania*, Denuncia no. 41220/98, de 29 de abril de 2003, para 134; *Asunto Khokhlich c. Ucrania*, Denuncia no. 41707/98 de 29 de abril de 2003, para 167.

gobierno de Ucrania¹¹⁹. El denunciante fue condenado en diciembre de 1995, alrededor de 15 meses antes de que la moratoria entrase en vigor. No obstante, el Tribunal apuntó el riesgo de que la sentencia se llevara a cabo y que:

Los consecuentes sentimientos de miedo y ansiedad por parte de los condenados a muerte debían haber disminuido a medida que el tiempo pasaba y la moratoria *de facto* seguía estando en vigor¹²⁰.

Resulta difícil comprender cómo violar una moratoria puede disminuir el efecto psicológico de la pena capital y de su encarcelamiento en el corredor de la muerte en el estado de ánimo del denunciante. Si bien es cierto que las moratorias deben ser analizadas sobre una base casuística, parecería mucho más razonable pensar que conocer de la reanudación de las ejecuciones llevaría a una mayor concienciación de que el siguiente será “uno”. Sin embargo, el Tribunal aplicó un test de objetividad al caso y no consideró, de forma específica, el impacto adverso en el plano cognitivo subjetivo, y así la decisión de que la moratoria debía haber “disminuido el temor y la angustia del demandante, se aplicó a todas las denuncias en Ucrania¹²¹.- Este razonamiento no alteró el hecho de que el impacto acumulativo del corredor de la muerte en Ucrania era equiparable a una violación del artículo 3 pero muestra un ejemplo de cierta indulgencia con el gobierno ucraniano cuando intentó eliminar la pena de muerte de sus códigos mediante el proceso político de la moratoria, y posteriormente a través del proceso oficial de reforma constitucional. Se reconoce que este espacio de maniobra política contribuyó a una más amplia promoción de la abolición en Ucrania

¹¹⁹ Véase, Resolución 1097 (1996) sobre la abolición de la pena de muerte en Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 28 de junio de 1996 (24 reunión); Recomendación 1395 (1999) sobre el respeto de las obligaciones y compromisos por parte de Ucrania, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 27 de enero de 1999 (5 reunión).

¹²⁰ *Poltoratskiy c. Ucrania*, (2004) *supra* n. 119, para. 135.

¹²¹ Véase, *Asunto Kuznetsov c. Ucrania*, *supra* n. 120, para 115; *Asunto Nazarenko c. Ucrania*, *supra*, n. 120, para 129, *Asunto Dankevich c. Ucrania*, (2004) *supra* n. 120, para 126; *Asunto Aliev c. Ucrania*, *supra* n.120, para 134; *Asunto Khokhlich c. Ucrania*, *supra* n. 120 para 167.

en 1999 y que hoy haya ratificado el Protocolo No. 6 y el Protocolo No. 13.

Esta indulgencia judicial también se aplicó en el *Asunto G.B c. Bulgaria*¹²². Los informes médicos concluyeron que el denunciante temía por su vida durante la moratoria en Bulgaria lo que indicaría que se cumple con la diagnosis psicológica subjetiva que permite la determinación judicial de que el denunciante fue tratado de manera inhumana¹²³. Además, la Asamblea Parlamentaria sostuvo que había un elevado índice de delincuencia e inestabilidad política que podía cuestionar la moratoria en este país¹²⁴. No obstante, el Tribunal sostuvo que con la existencia de la moratoria, el temor del preso debía haber ido disminuyendo con el transcurso del tiempo¹²⁵. Incluso tomando en consideración los informes médicos y las observaciones de la Asamblea Parlamentaria, el Tribunal no dio razón alguna de por qué el temor y la ansiedad del demandante disminuirían. Sobre este punto, el Juez Tulkens emitió una Opinión concurrente particular, en la que se apartaba del razonamiento de la mayoría, en su análisis del artículo 3, al no incluir “el hecho de que durante largos años sufrió incertidumbre sobre sí la pena de muerte a la que había sido condenado le sería aplicada”¹²⁶. El Juez Tulkens halló fallos en la aceptación general de la solidez de la suspensión política del castigo, y señaló que las moratorias sólo pueden determinarse “en retrospectiva”¹²⁷ y no pueden ser jamás sucedáneos de reformas constitucionales. Del hecho de que las moratorias se dilaten en el tiempo puede ocurrir que se produzcan vicisitudes políticas que lleven a una reinstauración de la pena de muerte.

El Juez Tulkens, claramente, no se mostró cómodo con una sentencia a muerte suspendida durante 8 años, pero el voto de la ma-

¹²² *Asunto G. B c. Bulgaria*, Solicitud no. 42346/98, de 11 de marzo de 2004; véase también Iorgov c. Bulgaria (2005), 40 E.H.R.R. 7.

¹²³ *Ibidem*, *Asunto G. B. c. Bulgaria*, paras 45-48.

¹²⁴ Cumplimiento de Obligaciones y Compromisos por Bulgaria. Doc. 8180, Asamblea Parlamentaria, 2 de septiembre de 1998.

¹²⁵ *Asunto G. B. c. Bulgaria*, supra n. 124, para.76.

¹²⁶ *Asunto Iorgov c. Bulgaria*, y *Asunto G.B c. Bulgaria*, supra, n. 124, Opinión Particular concurrente del Juez Tulkens.

¹²⁷ *Ibidem*.

yoría no había identificado qué duración de la moratoria, en caso de que hubiera un plazo, sobrepasaría el umbral del artículo 3. En la actualidad no hay un criterio específico sobre qué duración de tiempo acarrearía una violación del artículo 3 o si un plazo indefinido sería una violación en su caso o no. Quizás esto sea debido a la persistente situación delicada de Rusia, que si bien no ha ratificado el Protocolo n. 6, si ha implementado una moratoria desde 1996. El Consejo no quiere distanciar a este Estado con exigencias en exceso duras y ha optado por presionar para su ratificación y la abolición a través del diálogo. Así funciona para Ucrania y es la esperanza del Consejo que Rusia le seguirá. Si bien la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros pidieron en repetidas ocasiones que Rusia presentara su instrumento de ratificación¹²⁸, su moratoria ha demostrado ser lo suficientemente firme como para impedir la ejecución de Nur – Pashi Kuylev por su participación en la masacre de la escuela de Belsan en 2004¹²⁹.

El gobierno turco no ha llevado a cabo ejecuciones desde 1984, en 1995, declaró que su política se limitaba a reducir el número de delitos castigados con pena de muerte, no a abolir la pena¹³⁰. Entre 1994 y el 2000 al menos se pronunciaron 100 condenas a muerte¹³¹. Analizando este período, Mehmet Gemalmaz sostuvo que la actividad legislativa en Turquía, principalmente, se ocupa de delitos anacrónicos castigados con pena de muerte y que “la verdadera vo-

¹²⁸ Por ejemplo, véase, la Resolución 1065 (1995) sobre procedimiento para una Opinión sobre la petición de adhesión al Consejo de Europa por parte de Rusia, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 26 de septiembre de 1995 (27 Sesión); Resolución 1455 (2005) sobre el respeto de las obligaciones y compromisos por parte de la Federación Rusa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 22 de junio de 2005 (21 Sesión); La Pena de Muerte en los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa – una inaceptable violación de los derechos humanos, Doc. 11675, Asamblea Parlamentaria, 1 de julio de 2008; Abolición de la Pena de Muerte en todos los Estados miembros del Consejo de Europa CM/Del/Dec(2007) 1025/4.4 Reunión 1039, 22 de octubre de 2008.

¹²⁹ Véase, Noticias BBC “Beslan Attacker’s Sentence Stands” 26 de octubre de 2007 <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/Europe/7064234.stm>.

¹³⁰ Roger Hood, *The Death Penalty: A Worldwide perspective* 3rd edn Oxford: Oxford University Press, 2002 p. 27.

¹³¹ Ibidem.

luntad política del poder legislativo en Turquía se dirige a mantener la pena de muerte y su aplicación regular e intensiva”¹³². En 1994, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró la moratoria de Turquía en el *Asunto Cinar c. Turquía* y observó que la moratoria había sido aplicada de manera consistente y que la amenaza de ejecución del denunciante era “ilusoria”¹³³. Al tiempo de esta decisión, la moratoria turca había estado en vigor durante 10 años y la Comisión Europea de Derechos Humanos la considero como “bien consolidada”¹³⁴.

Sin embargo, encontramos una excepción a este razonamiento en el asunto *Öcalan c. Turquía*¹³⁵ al tiempo en el que la moratoria ya había estado en vigor durante 19 años. La Sala consideró que el caso de Abdullah Öcalan se diferenciaba del Asunto Cinar en razón de las específicas circunstancias políticas. Öcalan era el fundador y líder político del Partido de los Trabajadores del Kurdistán y su milicia kurda había “llevado a cabo actos de violencia que ocasionaron miles de víctimas, lo que hacía de él, la persona más buscada de Turquía”¹³⁶. Como resultado, incluso con la moratoria que había durado hasta 2003, la Sala sostuvo: “en relación a la cuestión de sí debía ser ejecutado, no queda lugar a duda que el riesgo de que la sentencia se ejecute es real”¹³⁷. Esta situación duro hasta que la moratoria se concluyó con una enmienda a la Constitución de Turquía en octubre de 2001, y la afirmación de la abolición de la pena de muerte por el Tribunal Constitucional de Turquía el 27 de diciembre de

¹³² Mehmet Gemalmaz, “The Death Penalty in Turkey (1920-2001): Facts, Truths and Illusions” 2002 13 Criminal Law Forum 91, p. 100.

¹³³ *Asunto Cinar c. Turquía*, Denuncia no. 17864/91, de 5 de septiembre de 1994, en p. 9, para. 5 Una percepción exagerada de que la pena de muerte pudiera ser aplicada también se planteó en el *Asunto Fedai Sahin c. Turquía*, Denuncia no. 21773/02 (final) donde el Tribunal sostuvo: “el riesgo de aplicación de la pena de muerte es prácticamente ilusorio” para. 29.

¹³⁴ *Ibidem*, para 5.

¹³⁵ *Asunto Öcalan c. Turquía*, *supra* n. 95.

¹³⁶ *Asunto Öcalan c. Turquía*, *supra* n.90, para. 210.

¹³⁷ *Ibidem*.

2002¹³⁸. En el recurso, la Gran Sala confirmó la decisión de la Sala y declaró que el caso Öcalan era una “circunstancia especial”¹³⁹

3.4. Extradición y Deportación

El Convenio Europeo, el Convenio Europeo multilateral sobre Extradición y sus Protocolos¹⁴⁰, y los acuerdos bilaterales¹⁴¹, regulan los procedimientos de extradición transfiriendo a los individuos desde Estados miembros del Consejo a los Estados receptores. En el marco del proceso de entrega de sospechosos que se enfrentan a cargos de pena capital ha habido una evolución en el escrutinio judicial. Un primer caso de 1963 puso de manifiesto que las extradiciones se producían incluso cuando existía la posibilidad de que se produjeran tratos inhumanos en el Estado requirente¹⁴². Sin embargo, en la década de los 70, la Comisión comenzó a aceptar que las circunstancias que rodean a la extradición podían llevar a una violación del Convenio¹⁴³. Ivan Shearer apuntó en 1971 que cada vez se hacía más frecuente, la inclusión de disposiciones, bajo determinadas circunstancias, en los acuerdos de extradición prohibiendo la pena de muerte¹⁴⁴. A continuación en 1983, la extradición de un sospechoso para enfrentar a un proceso capital fuera de las fronteras de un Estado miembro del Consejo se consideró en el *asunto*

¹³⁸ Ibidem, para. 47.

¹³⁹ *Asunto Öcalan c. Turquía*, supra n. 95, para.172.

¹⁴⁰ Convenio Europeo de Extradición, CETS No. 024 de 13 de diciembre de 1957; Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, CETS No. 086, Estrasburgo, 15 de octubre de 1975; Protocolo Adicional Segundo al Convenio Europeo de Extradición, CETS, No. 098, Estrasburgo, 17 de marzo de 1978.

¹⁴¹ Véase, Tratado de Extradición entre el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de los Estados Unidos de América (1977) 1049 UNTS 167.

¹⁴² Véase, *Asunto X c. República Federal de Alemania*. Denuncia no. 1802/62, de 26 de marzo de 1963 p. 462.

¹⁴³ Véase, *Asunto Kerkoub c. Bélgica*, Denuncia no. 5012/71 40 Colección de Decisiones 55 (1972).

¹⁴⁴ ---; *Extradition in International Law* Manchester: Manchester University Press, 1971 p. 149; véase, también William A. Schabas, “Indirect Abolition: Capital Punishment’s Role in Extradition Law and Practice” 25 *Loyola L. A Int’l and Comp. L. Rev.* 581 (2003).

*Kirkwood c. Reino Unido*¹⁴⁵. Kirkwood fue extraditado al estado de California para enfrentar un proceso capital y la Comisión fue de la opinión de que esto no era una violación del artículo 3 del Convenio¹⁴⁶, a lo que siguió el *Asunto Soering c. Reino Unido*¹⁴⁷, en el que el Tribunal consideró la posible extradición de Jens Soering desde el Reino Unido para enfrentar un proceso capital en el estado de Virginia. El Tribunal adoptó un razonamiento distinto al de la Comisión, al mantener la opinión que la extradición pudiera resultar en que el demandante fuera sentenciado a muerte, esperando que se produjera su ejecución en el corredor de la muerte transcurrido un tiempo de 6 a 8 años, y que sólo esto junto a la angustia mental que, consiguientemente, sufriría, era equiparable a una violación del artículo 3¹⁴⁸

Varios factores contribuyeron a la decisión del Tribunal de que la extradición le causaría a Soering un trato inhumano y degradante. El Tribunal consideró relevante que sólo tenía 18 años en el momento del crimen¹⁴⁹, que sufrió lo que los psiquiatras denominan un trastorno psicótico compartido “folie á deux”¹⁵⁰, que las condiciones en el corredor de la muerte a lo que se unía una detención prolongada contribuirían a su sufrimiento¹⁵¹, y finalmente, que Alemania había solicitado que como ciudadano alemán, Soering debía ser extraditado a su jurisdicción para ser juzgado allí¹⁵². Existía un acuerdo bilateral de extradición entre los gobiernos del Reino Unido y Estados Unidos¹⁵³, que permitía a cada gobierno rehusar la extradición de un sospechoso a menos que existieran “seguridades suficientes” de que la pena de muerte no sería impuesta¹⁵⁴. Durante la negociación de la extradición, el estado de Virginia varió el contenido de las garantías y el Fiscal del estado expresó que pediría la pena capital, pe-

¹⁴⁵ *Asunto Kirkwood c. Reino Unido*, supra n. 81.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 181.

¹⁴⁷ *Asunto Soering c. Reino Unido*, supra, n. 83.

¹⁴⁸ *Ibidem*, para. 106.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*, para 111.

¹⁵³ *Ibidem*, para 36.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

ro que presentaría al jurado los deseos del gobierno británico de que no se administrase este tipo de castigo. Bajo estas circunstancias el Tribunal sostuvo que existían razones sustanciales para creer que el denunciante sería sentenciado a muerte¹⁵⁵. Esta garantía no reunía los requisitos del Tratado y se yuxtaponía a los efectos cumulativos del sistema de justicia capital del estado de Virginia, de ahí que se sostuviera que violaba el artículo 3 del Convenio. El Juez De Meyer afirmó en su Opinión concurrente que la extradición sólo sería legal “si los Estados Unidos ofrecieran garantías plenas de que el acusado no sería ejecutado”¹⁵⁶. La garantía sólo era una promesa de interpretación ante el jurado asignado para el proceso y no una garantía absoluta frente al juicio capital.

Como resultado los Estados miembros¹⁵⁷ pueden utilizar los procesos de extradición para restringir y prohibir la pena capital en los Estados receptores fuera del ámbito territorial del Consejo¹⁵⁸. Richard Lillich declaró que la decisión Soering fue lo que “destapó la caja de Pandora” y su resonancia se pudo sentir internacionalmente¹⁵⁹. En el *Asunto Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*¹⁶⁰, el Tribunal adoptó el principio Soering cuando consideró la entrega de un Estado miembro a otro para posiblemente enfrentarse a la pena capital. El Tribunal mantuvo que existía una violación del artículo 3 cuando se extraditó a un grupo de chechenos desde Georgia a

¹⁵⁵ Ibidem, para. 98.

¹⁵⁶ Véase, *Soering c. Reino Unido*, supra n. 83. Opinión concurrente del Juez De Meyer.

¹⁵⁷ Existen casos registrados de Tribunales de Estados miembros que han aplicado el Convenio para impedir la extradición de acusados que podrían enfrentarse a procesos capitales en los Estados receptores, por ejemplo, véase, *Asunto Short c. Reino de Holanda* (1990) traducido en 29 ILM 1378; y *Asunto Venezia c. Ministero di Grazia e Giustizia*, (1996) 79 Rivista Di Diritto Internazionale 815.

¹⁵⁸ Véase, *Asunto Soering c. Reino Unido*, Resolución del Comité de Ministros, Resolución DH (90) 8.

¹⁵⁹ ---; “Harmonizing Human Rights Law Nationally and Internationally: The Death Row Phenomenon as a Case Study” 40 St Louis U. L. J 699 (1996), p. 704.

¹⁶⁰ *Asunto Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, Denuncia no. 36378/02, de 12 de abril 2005. Georgia se adhirió al Convenio Europeo de Extradición el 13 de septiembre de 2001, y Rusia el 9 de marzo de 2000, por tanto, la disposición sobre pena de muerte del artículo 11 era de aplicación.

Rusia. Los demandantes chechenos mantuvieron que la extradición (entre tanto otros denunciantes estaban a la espera de ser extraditados) violaba los artículos 2(1) y 3 en razón del riesgo de sufrir la pena capital en Rusia. El Tribunal señaló que el gobierno ruso había implementado “una gradual eliminación de la pena de muerte”¹⁶¹ a través de la moratoria en todo el país, pero sostuvo que aún existía “el riesgo real y personal de tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 3”¹⁶². Asuntos de extradición también se han presentado en casos de terrorismo en los que era posible que se produjeran subsiguientes actos de violencia en los Estados miembros. En el *Asunto Chabal c. Reino Unido*, el gobierno del Reino Unido mantuvo que las amenazas a la seguridad nacional podrían ser tomadas en consideración en su decisión de efectuar o no la extradición del demandante. El Tribunal sostuvo que no había lugar para “equilibrar el riesgo de malos tratos con las razones para la expulsión a la hora de determinar si un Estado era responsable bajo la aplicación del artículo 3”¹⁶³. Además, declaró que “las actividades de los individuos en cuestión, a pesar de lo indeseables o peligrosas que sean, no pueden servir como material de consideración”, de ahí, que la seguridad nacional:

“No pueda ser invocada para hacer caso omiso del interés del individuo cuando se presentan razones substantivas que hacen creer que estará sujeto a malos tratos si fuera expulsado”¹⁶⁴.

Por tanto, cuando un Estado requirente demuestra que la pena capital no será impuesta es cuando se puede permitir. En el *Asunto Aylor-Davis c. Francia*, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró el proceso de extradición de Joy Aylor-Davis que estaba

¹⁶¹ Ibidem, para 330.

¹⁶² Ibidem, para 353, Véanse también paras 368 y 386. Esta decisión puede ser interpretada como un intento de impulsar a Rusia a ratificar el Protocolo No. 6.

¹⁶³ *Asunto Chabal c. Reino Unido*, (1997) 23 EHRR 413, para. 81.

¹⁶⁴ Ibidem, paras 80 y 78. Esta sentencia fue confirmada en el *Asunto Ahmed c. Austria*, Denuncia no. 25964/94, de 17 de diciembre de 1996, para 41; véase, también, *Asunto Saadi c. Italia*, Denuncia no. 37201/06 de 28 de febrero de 2008; *Asunto NA c. Reino Unido*, 25904/07 de 17 de julio de 2008; *Asunto Ismoilov y otros c. Rusia*, 2947/06, de 24 de abril de 2008.

imputado por un crimen capital en Texas¹⁶⁵. El Fiscal del condado de Dallas garantizó que no pediría la pena de muerte, y la Comisión sostuvo que el Convenio no sería violado en estas circunstancias¹⁶⁶. Más aún, en el *Asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, las autoridades de Uzbekistan ofrecieron garantías de que no impondría la pena de muerte si el sospechoso era extraditado y esto se considero que no violaba el artículo 3¹⁶⁷, y en el *Asunto Ismaili c. Alemania*, el gobierno marroquí aseguró a Alemania que el delito del que estaba acusado el imputado no era sancionable con la pena capital, por tanto la demanda concreta de que la pena de muerte sería, con probabilidad, aplicada en violación del artículo 3 quedó anulada¹⁶⁸. Esta línea jurisprudencial está significativamente ayudando a crear una norma, según la cual, en aquellas circunstancias de extradiciones en países miembros en los que se encuentre el acusado, el Estado requirente no tiene, hoy, la opción de imponer la pena capital¹⁶⁹ Susan Marks observa que esto es así porque, “los Estados partes son ahora responsables de las violaciones del artículo 3 que sean consecuencia previsible de la extradición”¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Asunto Aylor-Davis c. Francia*, Denuncia no. 22742/93, de 20 de enero de 1994.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, (2005) 41 EHRR, 25 para. 62.

¹⁶⁸ *Asunto Ismaili c. Alemania*, Denuncia no. 58128/00, de 15 de marzo de 2001. En el *Asunto F. H c. Suecia*, Denuncia no. 32621/06, de 20 de enero de 2009 se sostuvo que no existía un riesgo real de pena de muerte para el denunciante tras la caída del régimen de Saddam Hussein. Sin embargo, véase, la Opinión disidente del Juez Power a la que se unió el Juez Zupancic quien abiertamente se mostró contrario a la decisión de la mayoría de que no había un riesgo real de violación de los artículos 2(1) y 3.

¹⁶⁹ Sobre la “creación normativa” en relación a la pena de muerte y al Derecho internacional, véase, Sonia Rosen y Stephen Journey, “Abolition of the Death Penalty: An emerging norm of International Law” (1993) *Hammline J. Pub. L & Pol’y* 163; Sangmin Bae, *When the State no Langer kills: International Hman Rights norms and abolition of the Death Penalty* (Albany: State University of New York Press, 2007) en pp. 1-12.

¹⁷⁰ Susan Marks, “Yes, Virginia, Extradition May Breach the European Convention on Human Rights” 49 *Cam. L. J.* 194 (1990), p. 196.

3.5. *El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y la Evaluación de las condiciones del corredor de la muerte*

En la evaluación de las condiciones, estructura y regímenes de reclusión de varios corredores de la muerte en distintas prisiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado informes y estudios llevados a cabo por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (de aquí en adelante "CPT")¹⁷¹. Según el artículo 1 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos degradantes o inhumanos, la tarea del CPT es la de examinar "el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes"¹⁷²

Jim Murdoch, un experto del CPT, ha descrito a éste como un "elemento central" y que el Comité ha promovido los derechos humanos a través de un "diálogo continuo" con los gobiernos de los Estados miembros¹⁷³. El CPT también ha desarrollado su propio "sistema de estándares"¹⁷⁴ que se articulan en los informes que son de una

Importancia transcendental en las denuncias que se presentan en Estrasburgo tanto a la hora de ayudar a establecer las circunstancias fácticas de la detención como para fomentar la revisión de la jurisprudencia existente sobre el artículo 3¹⁷⁵

¹⁷¹ Véase, de manera general, Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, en www.cpt.coe.int

¹⁷² Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura o penas o tratos degradantes, ETS No. 126, artículo 1. Texto enmendado según las disposiciones del Protocolo no. 1 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura o penas o tratos degradantes, CETS No. 151 Estrasburgo, 4 de noviembre de 1993; y Protocolo No. 2 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura o penas o tratos degradantes CETS No. 152, Estrasburgo, 4 de noviembre de 1993 que entró en vigor el 1 de marzo de 2002.

¹⁷³ Jim Murdoch, "The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: activities in 1996 and 1997" E. L. Rev. 23 Supp (Human Rights survey), 199 (1998), pp. 199-200.

¹⁷⁴ Jim Murdoch, "The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: activities in 2001" E. L. Rev. 27 Supp. (Human Rights survey 2002), 47 (2002), p. 55.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 59.

La Dirección General de Derechos Humanos ha apuntado que la función del CPT es la de “visitar todo lugar donde los individuos se encuentren privados de su libertad y asegurar que estas personas estén retenidas en condiciones humanas”¹⁷⁶. La opinión de Murdoch sobre el impacto de los informes del CPT se demuestra del hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya basado en estos en los casos de 2003 sobre el corredor de la muerte en Ucrania. El Informe del CPT al gobierno ucraniano de 1998 hacía la observación de que los prisioneros condenados a muerte pasaban las 24 horas del día encarcelados en celdas que “sólo ofrecían una cantidad, extremadamente limitada, de espacio vital y que carecían de acceso a luz natural, y en ocasiones sólo a una penumbrosa luz artificial”, y además, encontró que existía un insatisfactorio alto grado de aislamiento con contacto humano mínimo durante períodos que iban de diez meses a dos años, y que:

Dicha situación puede ser plenamente consistente con las disposiciones legales actualmente en vigor en Ucrania relativas al trato de condenados a muerte. Esto, no obstante, no cambia en opinión del CPT, que el hecho sea equiparable a un trato inhumano y degradante¹⁷⁷ (énfasis añadido).

Resulta significativo que si bien el CPT entiende que las condiciones del corredor de la muerte pudieran estar en conformidad con la legislación ucraniana existente, esto no le impedía pronunciar que representaban un trato inhumano y degradante. Esta averiguación de hechos fue posteriormente traducida a la jurisprudencia del Convenio por el Tribunal que mantuvo que las condiciones del corredor de la muerte en las prisiones era una violación concreta del artículo 3¹⁷⁸. Desde Soering, la jurisprudencia relativa a las condiciones en el corredor de la muerte ha progresado, y esto parece haberse

¹⁷⁶ Consejo de Europa, *Death is not Justice: The Council of Europe and the Death Penalty*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2007) pp. 23- 24.

¹⁷⁷ Informe al Gobierno de Ucrania sobre la visita realizada a dicho país por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los tratos y penas degradantes o inhumanas (CPT) los días 8 a 24 de febrero de 1998.

¹⁷⁸ Véanse, *Asuntos Poltoratsky c. Ucrania*, *supra* n. 119, para. 109-117; *Asunto Kuznetsov c. Ucrania*, *supra* n. 120, para 89-96; *Asunto Nazarenko c. Ucrania*, *supra* n. 120, paras 94-102; *Asunto Dankievich c. Ucrania*, *supra*, n. 120, paras 94-102;

beneficiado, en gran parte, por los informes del CPT. Lo que el Tribunal considera, en la actualidad, son las circunstancias personales del solicitante incluido la edad, sexo, estado mental y físico tanto antes como durante su reclusión en el corredor de la muerte¹⁷⁹. Las condiciones materiales de las prisiones se analizan poniendo el énfasis en el acceso a la luz natural, aire fresco, y condiciones de vida adecuadas¹⁸⁰. El régimen de la prisión se evalúa en atención a las posibilidades de acceso a cuidados médicos, al suficiente ejercicio físico al exterior, y a una razonable cantidad de alimentos¹⁸¹, y también se valora el plazo de reclusión pero hasta la fecha no se ha definido qué plazo alcanza el umbral del artículo 3. Por último, el Tribunal ha afirmado que situaciones económicas desfavorables no son, *prima facie*, una excusa para permitir que las condiciones arriba descritas se mantengan¹⁸².

Siguiendo estos parámetros en los *Asuntos Iorgov c. Bulgaria y G.B c. Bulgaria*, el Tribunal mantuvo que se había producido una violación del artículo 3 debido a las condiciones de detención en la prisión de Sofía que comprendían el aislamiento en celdas durante 23 horas al día y contactos mínimos con otros presos o con la familia¹⁸³. El Tribunal se basó en el informe de la CPT de 1995 que registró el resultado de una visita a la prisión Stara Zagora, y utilizó los estudios de la CPT para un análisis comparativo¹⁸⁴. Además, en el *Asunto Ilascu y otros c. Rusia y Moldavia*¹⁸⁵, el Tribunal mantuvo que

Asunto Aliev c. Ucrania, supra n. 120, paras 92-100; *Asunto Khokhlich c. Ucrania*, supra n. 120, paras. 133.141.

¹⁷⁹ Por ejemplo, véase, *Asunto Soering c. Reino Unido*, supra n. 83, para. 64.

¹⁸⁰ Véanse, *asuntos*, supra, n. 180.

¹⁸¹ Véase, *Asunto Soering c. Reino Unido*, supra n. 83.

¹⁸² *Asunto Poltoratskiy c. Ucrania*, supra n. 119, para. 148; *Kuznetsov c. Ucrania*, supra, n. 120, para 128; *Asunto Nazarenko c. Ucrania*, supra n. 120, para 144; *Asunto Dankievich c. Ucrania*, supra, n. 120, para 144; *Asunto Aliev c. Ucrania*, supra n. 120, para 151; *Asunto Khokhlich c. Ucrania*, supra n. 120, para. 181.

¹⁸³ *Asunto Iorgov c. Bulgaria*, supra n. 124, paras 48-50; *Asunto G. B c. Bulgaria*, supra, n. 124, paras. 49-50.

¹⁸⁴ El Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los tratos o penas inhumanas o degradantes de 26 de marzo a 7 de abril de 1995, CPT/Inf (97) 1.

¹⁸⁵ *Asunto Ilascu y otros c. Rusia y Moldavia*, Denuncia no. 48787/99 de 8 de julio de 2004.

el aislamiento absoluto en el corredor de la muerte durante ocho años y la ansiedad sobre una sentencia a muerte en la República Moldava de Transdniestria eran actos de torturas en el sentido del artículo 3¹⁸⁶. El Tribunal utilizó el informe del CPT sobre Moldavia que incluía una visita a la región de Transdniestria. Los doctores del CPT examinaron a Ilascu y a otros demandantes que habían sido reclusos durante ocho años y afirmaron que “el confinamiento en solitario podía, en determinadas circunstancias, ser equiparable a un trato inhumano y degradante”¹⁸⁷

3.6. Métodos de Ejecución

Los métodos de ejecución han recibido una mínima atención judicial. La horca, método habitual empleado en el Reino Unido, no fue recurrida en la Comisión entre 1950 y 1964¹⁸⁸ al no admitir el Reino Unido hasta 1966 las peticiones individuales ante la Comisión y el Tribunal. De igual forma, como apuntan Caroline Ravaud y Stephan Trechsel la guillotina en Francia no fue cuestionada a nivel regional cuando las ejecuciones fueron reanudadas en la década de los 70, y se debió a que Francia no aceptó las peticiones individuales hasta el año de abolición de la pena en 1981¹⁸⁹. La Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión del asunto *Soering* examinó la aplicación de la silla eléctrica¹⁹⁰ pero en el texto del recurso al Tribunal no se pronunció de forma específica sobre los métodos de ejecución, y limitó su participación a declarar que los efectos acumulativos del corredor de la muerte constituían un trato inhumano,

¹⁸⁶ *Ibidem*, paras 429, 430 y 440.

¹⁸⁷ El Informe de la visita del 27 al 30 de noviembre de 2000 por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los tratos o penas inhumanas o degradantes en la región del Transdieper CPT/Inf (2002) 35, para. 289.

¹⁸⁸ Peter Anthony Allen y Gwynne Owen Evans fueron las dos últimas personas en ser ejecutadas en Inglaterra en 1964.

¹⁸⁹ Caroline Ravaud y Stephen Trechsel, “The Death Penalty and case – law of the institutions of the European Convention of Human Rights” en Consejo de Europa, *The Death Penalty: Beyond Abolition* (Estrasburgo: Ediciones del Consejo de Europa 2004, p. 85.

¹⁹⁰ *Asunto Soering c. Reino Unido*, Denuncia no. 14038/88 de 19 de enero de 1989, paras 141-143 donde la Comisión mantuvo que la electrocución no alcanzaba “un grado suficiente de gravedad contrario al artículo 3”.

y no se hizo referencia separada a la electrocución. En el *Asunto N.E c. Reino Unido*, el denunciante se enfrentaba a un proceso de extradición para su entrega al estado de Florida para hacer frente a un juicio capital y en el caso de que fuera sentenciado, sería ejecutado con la silla eléctrica, pero antes de que la Comisión pudiera valorar este Asunto, el denunciante retiró su petición¹⁹¹

No obstante, parecería quijotesco para el Tribunal argumentar que algún método de ejecución satisficiera el espíritu del Convenio, del Protocolo no. 6, del Protocolo no. 13 y del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. En orden a convertir una técnica de ejecución en aceptable según los términos del artículo 3, el Tribunal se vería obligado a rebatir la profusión de argumentos de la Asamblea Parlamentaria que a decir de Jonathan Glover indica que “subyace algo tan cruel sobre la forma de morir en la pena capital que excluye categóricamente toda posibilidad de justificación”¹⁹². Por ejemplo, Lidbom afirmó en su Informe de 1980 que:

Ninguno de los métodos de ejecución empleados hoy día logra acabar por completo con el sufrimiento físico que necesariamente acompaña una muerte violenta, dado que la muerte no puede ser instantánea. A esto se le debe añadir el sufrimiento moral y mental causado por largos períodos de espera y la incertidumbre.... La pena capital ciertamente representa “una pena o trato inhumano y degradante”, tanto por su propia naturaleza como por su impacto y, más aún, por el repudio inherente a toda ejecución, cualquiera sea el procedimiento elegido¹⁹³

En 1994, Hans Göran Franck amplió el argumento sobre las deficiencias en el marco de las técnicas y tecnologías de los distintos métodos de ejecución, y declaró:

Errores en el juicio del verdugo pueden llevar a estrangulamientos con graves padecimientos cuando es la horca el mecanismo de ejecución, y a un grado extremo de dolor y sufrimiento cuando el

¹⁹¹ *Asunto N. E c. Reino Unido*, Denuncia no. 10308/83, (1985) 37 DR 158 p. 184.

¹⁹² ---; *Causing Death and Saving Lives*, London: Penguin Press, 1990 p. 231.

¹⁹³ Informe, *supra* n. 22, paras 2 y 13.

método es el pelotón de fusilamiento, la electrocución, la inyección letal o la cámara de gas, la decapitación o la lapidación¹⁹⁴.

En esencia, el lema abolicionista de la Asamblea Parlamentaria es el que ningún método de ejecución puede ser humano y que el castigo por tanto no puede justificarse de manera alguna.

3.7. El Fenómeno del Corredor de la Muerte

Los aspectos arriba señalados del sistema de justicia capital han sido valorados, en forma colectiva, bajo la etiqueta jurisprudencial del “fenómeno del corredor de la muerte”. Esto fue por primera vez reconocido en el *Asunto Kirkwood* como las circunstancias que rodean la detención prolongada de un preso en el corredor de la muerte antes de su ejecución¹⁹⁵. Kirkwood sostuvo que el artículo 3 prohibiendo los tratos inhumanos se violó por el “retraso injustificado en llevar a término las ejecuciones en California” y que “tras haber completado todos los recursos viables ... en el intervalo estará expuesto a la crueldad del fenómeno del corredor de la muerte”¹⁹⁶. El Tribunal en *Soering* confirmó que el fenómeno “puede describirse como consistente en una combinación de circunstancias a las que el denunciante se vería expuesto sí, tras haber sido extraditado al estado de Virginia, para enfrentarse a un cargo de pena capital, él fuera sentenciado a muerte”¹⁹⁷. William Schabas ha observado que “con la sentencia del Tribunal Europeo en el *Asunto Soering*, el término ‘fenómeno del corredor de la muerte’ ha entrado en la terminología dominante de derechos humanos¹⁹⁸ En consecuencia, la Asamblea Parlamentaria ha utilizado esta ideología del fenómeno para cuestionar la pena de muerte tanto en el marco de la región como externamente, en Japón y Estados Unidos¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Informe, *supra*, n. 46, para. 9.

¹⁹⁵ *Asunto Kirkwood c. Reino Unido*, *supra*, n. 81, p. 165.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 166.

¹⁹⁷ *Asunto Soering c. Reino Unido*, *supra* n. 83 para. 81.

¹⁹⁸ William A. Schabas, *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture: Capital Punishment in the World's Court*, Boston: Northeastern University Press, 1996, p. 115.

¹⁹⁹ Resolución 1253, *supra*, n. 66, para 8 (ii).

Lo que resulta significativo es que las circunstancias materiales de este fenómeno se encuentran ahora intrínsecamente conectadas con el artículo 3, y que son conceptos permeables que varían de un caso a otro. En efecto, los factores que pueden ser relevantes pueden ser una suma de todos o bien una selección de aspectos que se han expuesto en este artículo. Resulta claro que el artículo 3 ha sido utilizado para abrir una plétora de puertas judiciales para denunciar la pena capital. De hecho, el análisis efectuado, *supra*, revela que el Tribunal ha adoptado razonamientos judiciales intrincados y, en muchas ocasiones, cruciales en su denuncia de la pena capital. No obstante, si bien las sentencias relativas a juicios en violación de garantías del proceso debido, extradiciones, y las condiciones del corredor de la muerte han servido para dilucidar el artículo 3, se sostiene que todavía hay campo para una mayor claridad sobre la propia pena capital, la cuestión de las moratorias, y las formas de ejecución. Pero este hecho no demerita la observación de que el Tribunal está avanzando en su jurisprudencia de derechos humanos que en el fondo se dirige hacia la restricción y erradicación de la pena capital.

4. Conclusión

Manfred Nowak, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, argumentó que la aceptación original de que la Pena de Muerte no es una violación de la prohibición de trato inhumano, ha sido sustituida por una interpretación dinámica de estos términos jurídicos a la luz de las modernas experiencias criminológicas y de la evolución socio-política²⁰⁰. Este artículo se ha ocupado de la forma en que el Consejo ha contribuido de manera significativa a esta evolución dinámica de los Derechos Humanos, y que como ha observado Nowbray ahora muestra un “rechazo europeo contemporáneo de

²⁰⁰ Manfred Nowak, “Is the Death Penalty an Inhuman Punishment?” p.42, T. Orlin, A. Rosas y M. Scheinin (eds) *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretative Approach* Abo: Abo Akademi University Press, 2000).

la Pena de Muerte"²⁰¹. A raíz de los esfuerzos incondicionales de la Asamblea Parlamentaria, el artículo 3, es ahora un artículo principal de la Convención para lograr y mantener la completa abolición en el Consejo, y para promover la denuncia de esta pena en los Estados observadores. Sin embargo, todavía queda un largo camino por recorrer, antes de que el discurso del Consejo refleje sin reservas que la Pena de Muerte es inhumana en todas las circunstancias. A pesar de que el Protocolo número 13, prevé la completa abolición, no cabe textualmente la posibilidad de eliminar la Pena de Muerte, en la segunda frase del artículo 2 (1), y por lo tanto, el artículo 3, ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, en el sentido de no proporcionar una prohibición completa. Este obstáculo judicial no debe ser visto como una formulación poco razonable por los Jueces expertos en Derechos Humanos, pero quizás, más correctamente, debe ser visto, como el producto de la historia de la laguna legislativa. Es el Comité de Ministros, según lo apuntado por el grupo ponente sobre los Derechos Humanos, el que rehúsa específicamente proporcionar la modificación del artículo 2, y por lo tanto, sus representantes no quisieron dejar constancia de la importancia del artículo 3 dentro del Protocolo n° 6, o del Protocolo n° 13. Pero este hecho, no debe, hacernos olvidar que sin la hegemonía del artículo 3, hubiera sido dudosa la propia existencia del Protocolo n° 13, y el Protocolo n° 6, si bien no se refiere al artículo 3 sin duda, se benefició del debate sobre los Derechos Humanos auspiciado por la Asamblea Parlamentaria entre 1980 y 1982.

Sin embargo, el reciente cambio en el discurso del Comité de Ministros, parece haber proporcionado nuevas oportunidades. Tras la aquiescencia aparente del Comité con la Asamblea Parlamentaria, a medida que avanza el artículo 3, ahora podría ser el momento oportuno en la historia de la abolición de la Pena de Muerte en el Consejo para que la Asamblea Parlamentaria, reúna sus razonamientos válidos de recomendaciones y resoluciones anteriores, y formule una resolución específica sobre el artículo 3 del Convenio.

²⁰¹ Alastair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*. 2ª Ed. (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 128.

Ahora se puede delimitar cómo cada aspecto, singularizado, del sistema judicial sobre la Pena Capital es equivalente a castigos inhumanos, y no sólo de estos; (a) La imputación de la pena capital, (b) el propio juicio de pena capital (ya sea justo o injusto), (c) la extradición y deportación de un sospechoso a un tercer país para afrontar un juicio de pena capital, (d) Las moratorias, que son un paso positivo en la eliminación de la Pena de Muerte, y que no neutralizan la inhumanidad de la ejecución pendiente y posible, (e) La estructura del corredor de la muerte siempre será inhumana porque no puede disociarse del impacto psicológico de saber que se está en el corredor de la muerte, (f) todos los métodos de ejecución son inhumanos porque aplican la tortura física y ningún método puede neutralizar los efectos cognitivos negativos de saber que se está a punto de ser ejecutado, (g) uno o varios de los aspectos arriba mencionados del sistema judicial de la pena capital constituye un castigo inhumano y, de hecho, también una manifestación del fenómeno del corredor de la muerte. Una Resolución específica destinada a presentar cómo cada aspecto del sistema judicial de la pena capital, es una violación del artículo 3, sería adecuada para proporcionar el impulso necesario para preparar una Recomendación dirigida al Comité de Ministros que respalde esta posición mayoritaria en la normativa. Consideramos que esto puede ocurrir, de la manera más apropiada, a través de un Protocolo adicional que los Estados Miembros pueden pasar a firmar y ratificar. Una vez logrado esto, la puerta se abrirá, para que el Consejo exprese de una manera uniforme, que la pena de muerte, es, y en todas circunstancias, inhumana y degradante.