

# *LA SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2003 DE LA SALA DE PRIMERA DE INSTANCIA DEL TEDH EN EL ASUNTO ABDULLAH OCHALAN CONTRA TURQUÍA*

---

CARLOS DE ORY ARRIAGA  
Profesor Asociado de Derecho Internacional  
Público y Relaciones Internacionales.  
Universidad de Sevilla

## **1. PRINCIPALES HECHOS**

El 12 de Marzo de 2003 el TEDH hizo pública su sentencia sobre el fondo en el asunto Abdullah Ochalan contra Turquía. Condenado el 29 de Junio de 1999 a la pena capital por el Tribunal Supremo de Ankara por separatismo y traición, conmutada el 3 de Octubre de 2002 por la de cadena perpetua tras la modificación de la Constitución turca en el sentido de que la pena capital no puede ya ser pronunciada o ejecutada en el país salvo en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra o en caso de actos terroristas, el fundador del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK) había presentado su demanda al TEDH el 16 de Febrero de 1999, esto es, al día siguiente de su arresto en Kenia en circunstancias controvertidas por agentes de seguridad turcos y de su traslado a la isla-prisión de Imrali, donde sigue actualmente, alegando violación de los artículos 2, 3, 5, 6 y 34 del CEDH.

En su sentencia, el TEDH sostuvo que hubo violación de los artículos 5 (4) (derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad) (por unanimidad); 5 (3) (derecho a ser conducido sin dilación a presencia de un juez) (por unanimidad); 6 (1) (derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial y derecho a un proceso equitativo) (seis votos contra uno); 6 (1) combinado con el 6 (3) b) (derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa) y c) (derecho a la asistencia de un defensor de su elección) (por unanimidad); y 3 (imposición de la pena de muerte tras un proceso injusto) (seis votos contra uno).

En cambio no consideró que hubiera existido violación en lo que se refiere a las siguientes quejas: artículo 5 (1) (legalidad del arresto del demandante en Kenia y su subsiguiente detención en Turquía) (por unanimidad); artículo 2, separada y conjuntamente con el artículo 14 y 3 (aplicación de la pena de muerte) (por unanimidad); artículo 3 (condiciones de su traslado desde Kenia a Turquía y condiciones de detención en la prisión de Imrali) (por unanimidad); y artículo 34: derecho a presentar una demanda individual (por unanimidad).

## 2. RESUMEN DE LA SENTENCIA

### 2.1. Artículo 5 del Convenio

Ocalan dedujo su demanda quejándose, en primer lugar, de haber sido privado de libertad con menosprecio de las vías legales y sin que hubieran sido observadas las formalidades de extradición en contra de lo dispuesto en el artículo 5 (1); de no haber sido conducido sin dilación a presencia de un juez o de otro magistrado en el sentido del artículo 5 (3); y de no haber podido presentar un recurso a fin de controlar la legalidad de su detención preventiva en el sentido del artículo 5 (4).

Por su parte el Gobierno alegó en una excepción preliminar que las quejas del demandante a este respecto debían ser rechazadas al no haber sido agotados los recursos internos.

El Tribunal recordó que en su decisión de 14 de diciembre de 2000 sobre admisibilidad había estimado que esta cuestión estaba tan estrechamente unida al fondo de la queja deducida en relación con el artículo 5 (4) que no podía separarla del examen de dicha queja. De aquí que decidiera ahora examinar la excepción preliminar del Gobierno en el contexto de su apreciación de la queja formulada en relación con el artículo 5 (4) así como abordarla en primer lugar.

#### 2.1.1. Artículo 5 (4). (*Derecho a un recurso regular contra su detención*)

En relación con esta queja el Tribunal observó que, a pesar de la modificación del artículo 128 del Código de Procedimiento Penal turco ocurrida en 1997, que prevé claramente la posibilidad de impugnar ante un juez cualquier decisión en materia de detención provisional, por lo que el recurso existía al menos en teoría, el Gobierno no había proporcionado ningún ejemplo de decisión de un juez anulando la detención provisional de un sospechoso por parte de la oficina del fiscal de un Tribunal de Seguridad del Estado antes del plazo de cuatro días, plazo máximo legal ordenado. Además, las circunstancias particulares del caso –en particular, el aislamiento total al que había sido sometido el interesado y el hecho de que la policía había obstaculizado los desplazamientos de sus abogados– habrían hecho desde todo punto imposible la utilización efectiva de este recurso por parte del demandante. En consecuencia, rechazó la excepción preliminar del Gobierno al respecto y estimó que había habido violación de esta disposición. Por los mismos motivos, rechazó la excepción preliminar en relación con los artículos 5 (1) y 5 (3).

### 2.1.2. Artículo 5 (1). (Prohibición de toda privación de libertad irregular)

El demandante sostuvo que la exigencia de legalidad en el sentido del artículo 5 (1) se refería tanto al Derecho internacional como al Derecho interno.

De acuerdo con él, existían indicios de prueba de la existencia de un secuestro por parte de las autoridades turcas en el extranjero y fuera de su jurisdicción y que incumbía al Gobierno demostrar que el arresto no había sido irregular. Las órdenes de detención de las autoridades turcas o el boletín rojo emitido por la Interpol no atribuían al Estado turco competencia alguna para actuar en el extranjero. Ningún procedimiento de extradición en su contra había sido iniciado en Kenia y las autoridades de este país habían rechazado cualquier clase de responsabilidad en su traslado a Turquía. Una simple colusión entre funcionarios keniatas no autorizados y el gobierno turco no podía constituir una cooperación entre Estados. La exigencia de legalidad en el sentido del artículo 5 (1) se refería tanto al Derecho internacional como al Derecho interno. En consecuencia, todo Estado parte en el Convenio estaba obligado no sólo a aplicar sus leyes de manera no arbitraria sino también a hacerlo conforme al Derecho internacional público. El respeto estricto de tales garantías era necesario para estar cubierto frente a una privación arbitraria de la libertad.

Según el Gobierno, en cambio, no cabía hablar de violación alguna del Derecho internacional ya que en este tipo de asuntos la cooperación entre Estados amenazados por el terrorismo era una cosa normal y no infringe el Convenio. El demandante había sido presentado a la autoridad judicial tras un «proceso regular» en virtud de los usos del Derecho internacional y de la cooperación entre Estados soberanos en la lucha contra el terrorismo. Además, en sus observaciones escritas de 7 de enero de 2002 añadió, sin argumentarlo, que el arresto del demandante en el extranjero no comprometía su responsabilidad habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal en el asunto *Bankovic y otros* según la cual el Estado puede ejercer una jurisdicción extraterritorial en ciertas circunstancias.

El Tribunal recordó como principios generales que en materia de «regularidad» de una detención, incluida el respeto a las «vías legales», el Convenio remite en lo esencial a la legislación nacional y consagra la obligación de respetar tanto las normas de fondo como de procedimiento pero exige por añadidura la conformidad de toda privación de libertad con la finalidad del artículo 5, a saber, la de proteger al individuo contra la arbitrariedad. Lo que está en juego es, pues, no sólo el «derecho a la libertad» sino también «el derecho a la seguridad de la persona». Sin embargo, el Convenio no afecta al derecho de los Estados de cooperar en materia penal. La entrega de un fugitivo como resultado de una cooperación entre Estados no constituye, por consiguiente, como tal, un atentado a la legalidad del arresto y no plantea problema alguno a la luz del artículo 5. Además, el Convenio no contiene disposiciones acerca de las condiciones en las cuales puede concederse una extradición, ni sobre el procedimiento a aplicar antes incluso de que ésta sea concedida. Incluso una extradición encubierta puede no ser contraria al Convenio bajo reserva de que ésta sea el resultado de una cooperación entre Estados interesados y de que la orden de detención encuentre su fundamento legal en una orden de comparecencia librada por las autoridades del Estado de origen del interesado.

Independientemente de la cuestión de si el arresto constituía una violación del Derecho del Estado en el que el fugitivo había encontrado refugio –una cuestión que sólo podía ser examinada por el Tribunal si el Estado de acogida era Estado parte en el Convenio– debía demostrarse a través de elementos de prueba «más allá de toda duda razonable», que las autoridades del Estado hacia el cual el detenido había sido transferido habían procedido en el extranjero a actividades contrarias a la soberanía del Estado de acogida, y por tanto, al Derecho internacional.

En el caso concreto, el arresto del demandante había sido efectuado por miembros de las fuerzas del orden turcas en el interior de un avión en la zona internacional del aeropuerto de Nairobi. Desde su entrega por los agentes keniatas a los agentes turcos, éste, se había encontrado, por consiguiente, de manera efectiva bajo la autoridad de Turquía y bajo la «jurisdicción» de este Estado a los fines del artículo 1 del Convenio incluso si, en el caso, Turquía ejercía su autoridad fuera de su territorio. Las circunstancias eran, pues, diferentes de las del asunto *Bankovic y otros*, en particular, por cuanto que el demandante había sido obligado físicamente a regresar a Turquía por parte de funcionarios turcos y había permanecido sometido a la autoridad y bajo el control de ésta desde su arresto y su vuelta a Turquía.

Por lo demás, el arresto y la detención del demandante se habían desarrollado conforme a las órdenes emanadas de las jurisdicciones turcas «a fin de conducirlo ante la autoridad judicial competente» sobre la base de «razones plausibles para sospechar haber cometido una infracción en el sentido del artículo 5 (1) c) y, por otra parte, no había quedado probado más allá de toda duda razonable que la operación llevada a cabo en parte por agentes turcos y en parte por agentes keniatas había constituido una violación por parte de Turquía de la soberanía de Kenia y, en consecuencia, del Derecho internacional. Por consiguiente, el arresto del demandante y su detención debían ser considerados como «conforme a Derecho» en el sentido del artículo 5 (1). No había por tanto violación de esta disposición.

### **2.1.3. Artículo 5 (3) (*Derecho a ser conducido sin dilación a presencia de un juez*)**

Ocalan hizo notar asimismo que no había sido conducido sin dilación a presencia de un juez u otro magistrado en el sentido del artículo 5 (3).

El Gobierno por su parte lo rechazó y argumentó que éste había sido presentado a la autoridad judicial tras un proceso regular.

El Tribunal respondió que ya había admitido en numerosas ocasiones en el pasado que las investigaciones en relación con delitos de terrorismo colocan sin duda alguna a las autoridades ante problemas particulares. Ello no significa sin embargo que éstas dispongan de carta blanca para detener y mantener a los sospechosos en detención provisional al margen de todo control efectivo por parte de los tribunales internos y en última instancia de los órganos de control del Convenio. En el caso, Ocalan pasó al menos siete días incomunicado antes de ser presentado ante un juez sin que ello fuera necesario. Hubo por tanto violación a este respecto.

## 2.2. Artículo 6 (Independencia e imparcialidad del tribunal y equidad del procedimiento)

En relación con el artículo 6 (1) Ochalan se quejó de que no se había beneficiado de un proceso equitativo, al no haber sido juzgado por un tribunal independiente e imparcial en razón de la presencia de un juez militar en el seno del Tribunal de Seguridad del Estado; que los jueces habían estado influenciados por las informaciones hostiles de los medios de comunicación sobre su asunto; y que sus abogados no habían tenido un acceso suficiente al sumario, lo que no les había permitido preparar debidamente su defensa.

El Gobierno replicó que la causa había sido oída equitativamente. El demandante había sido condenado en virtud del artículo 125 del Código Penal turco que tiene por finalidad proteger los valores democráticos de la República. Además, en todo momento estuvo al corriente de las acusaciones dirigidas contra él, se había beneficiado de un proceso público, había gozado de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y sus abogados habían tenido acceso a los documentos necesarios para ello.

En lo que se refiere a la independencia e imparcialidad del Tribunal de Seguridad del Estado en Ankara que condenó al acusado, el Tribunal tomó nota de que en determinadas sentencias dictadas con anterioridad había establecido que ciertas características del estatuto de los jueces militares que formaban parte de tribunales de seguridad del Estado hacían dudosas su independencia e imparcialidad. La sustitución en el último minuto del juez militar no reparaba las lagunas en su composición y ello le había llevado a constatar la existencia de una violación a este respecto. En el caso, lo que planteaba dudas era la presencia misma del juez militar durante la mayor parte del proceso y no el cambio de composición. Además, en las circunstancias excepcionales del asunto referidas a un acusado muy conocido, comprometido en un largo conflicto armado con las autoridades turcas militares y condenado a muerte, la presencia de un juez militar no podía sino suscitar recelo en él en cuanto a la independencia e imparcialidad del tribunal. En consecuencia concluyó que el Tribunal de Seguridad del Estado de Ankara que condenó al demandante no era un tribunal independiente e imparcial en el sentido del artículo 6 (1), el cual había sido violado.

Respecto de la equidad del procedimiento ante el Tribunal de Seguridad del Estado, el Tribunal observó que el demandante no había sido asistido por sus abogados durante el interrogatorio mientras había permanecido incomunicado, que no había podido comunicar con ellos sin la presencia de terceros, que se había encontrado imposibilitado de acceder al sumario hasta una fase muy avanzada del procedimiento, que habían sido impuestas restricciones al número y duración de las visitas de sus abogados y que éstos no habían tenido un acceso apropiado al sumario más que tardíamente. El conjunto de estas dificultades había tenido un resultado global tan restrictivo sobre los derechos de la defensa que el principio del derecho a un proceso equitativo enunciado en el artículo 6 había sido infringido. Había, pues, violación del artículo 6 (1) combinado con los artículos 6 (3) b) y c).

En cuanto a las otras quejas suscitadas en relación con el artículo 6 del Convenio, el Tribunal estimó que había respondido ya en lo esencial a las acusaciones relativas

al procedimiento seguido contra el demandante ante las jurisdicciones internas. No procedía, pues, examinar las otras quejas en relación con el artículo 6 relativas a la equidad del procedimiento.

### **2.3. Artículos 2, 3 y 14 (Pena de muerte)**

La pretendida violación de los artículos 2, 3 y 14 en relación con la cuestión de la pena de muerte recibió la atención mas extensa y significativa por parte del Tribunal.

Ocalan hizo notar que el hecho de infligir y/o aplicar la pena de muerte implicaba una violación del artículo 2 que había que interpretar en el sentido de que no autorizaba ya la pena capital y constituía una pena inhumana o degradante en el sentido del artículo 3. Asimismo alegó que su ejecución sería discriminatoria y, por consiguiente, contraria al artículo 14.

Como cuestión preliminar, el Gobierno informó al Tribunal en sus observaciones complementarias de 19 de Septiembre de 2002 que la Constitución había sido modificada de manera que la pena de muerte no podía ya ser ordenada o aplicada más que en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra o a título de sanción de actos de terrorismo y que la Gran Asamblea Nacional de Turquía había abolido la pena capital por ley en vigor a partir del 9 de Agosto de 2002. A la vista de ello, la pena de muerte impuesta a Ocalan había sido conmutada por la de cadena perpetua por el Tribunal de Seguridad de Ankara al considerar que los actos incriminados habían sido cometidos en tiempo de paz. De aquí que las quejas del demandante en relación con el artículo 2 debieran ser declaradas inadmisibles habida cuenta de la abolición de la pena de muerte en Turquía.

El Tribunal observó que, en el caso, el demandante había sido condenado a muerte y se hallaba detenido en régimen de aislamiento desde hacía más de tres años a la espera que se decidiera su suerte por lo que hasta fecha reciente podía temer que la sentencia fuera aplicada. Además, la queja del interesado no se refería sólo a la ejecución de la pena sino también a su pronunciamiento. En consecuencia, rechazó la excepción preliminar del Gobierno y decidió examinar la cuestión en cuanto al fondo.

En lo que se refiere al fondo de las alegaciones, Ocalan sostuvo que toda aplicación de la pena de muerte infringía tanto el artículo 2 como el artículo 3 del Convenio. Según él, habida cuenta de la práctica durante estos cincuenta y dos últimos años, había que considerar que los Estados contratantes habían querido abolir la excepción prevista en la segunda frase del artículo 2 (1) del Convenio el cual autoriza explícitamente la pena capital en ciertas condiciones. Cuando el Convenio fue firmado en 1950 la pena de muerte no fue considerada en Europa como una pena inhumana o degradante y estaba prevista en la legislación de una serie de Estados. Hoy día, en cambio, los Estados europeos habían llegado a un consenso según el cual ésta debía ser conceptuada ya como una pena inhumana o degradante en el sentido del artículo 3 del mismo. Existía en toda Europa una abolición de hecho y semejante evolución daba

fe del acuerdo de los Estados para modificar el artículo 2 (1). Además, ninguna interpretación del artículo 2 podía legitimar la imposición por parte de un Estado de un trato inhumano o degradante; ahora bien la pena de muerte constituía, en sí misma, un trato contrario al artículo 3. Asimismo añadió que existiría violación del artículo 2 en caso de ejecución de una sentencia de muerte pronunciada tras un procedimiento contrario a los artículos 5 y 6 del Convenio así como que ésta sería discriminatoria y contraria al artículo 14 ya que el Gobierno tenía como política desde 1984 no proceder a tal clase de ejecuciones. Por último, sostuvo que una condena a muerte pronunciada por una jurisdicción que no satisfacía los criterios requeridos en el Convenio y que había tolerado violaciones de derechos del demandante a la luz del artículo 6 infringía igualmente los artículos 2 y 3.

El Gobierno mantuvo por su parte que Turquía no tenía obligación alguna en virtud del Convenio de abolir la pena capital y el texto del Convenio no podía ser modificado o corregido a través de un acuerdo entre los Estados. La pena de muerte se hallaba prevista de manera inequívoca en el artículo 2 del Convenio por lo que, independientemente de la cuestión de si debía o no ser abolida, no cabía afirmar que el artículo 3 implicaba la prohibición de esta pena. Como razonó, esta última disposición no admite derogación alguna y, en cambio, el artículo 2 del Protocolo 6 prevé el mantenimiento de la pena de muerte en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra. Era evidente, por tanto, que los signatarios de este Protocolo no consideraron a la pena capital como una pena inhumana o degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio pues en tal caso no cabría tal excepción ya que la existencia o la inminencia de una guerra no atenuaría el carácter inhumano o degradante de tal pena. Además añadió que el proceso había sido llevado a cabo de manera equitativa por un tribunal independiente e imparcial en el sentido del artículo 6 del Convenio y que el arresto del interesado en Kenia había sido regular. Asimismo rechazó toda alegación de discriminación argumentando que Ocalan no había sido condenado por su origen étnico ni por sus opiniones políticas sino por ser el autor intelectual de varios asesinatos y atentados de bomba perpetrados por la organización armada dirigida por él sin que éste hubiera contenido cualquier elemento discriminatorio. La interpretación que hacía el demandante no era, pues, defendible.

En lo que se refiere a la aplicación de la pena de muerte, el Tribunal estuvo de acuerdo con el Gobierno de que había desaparecido cualquier amenaza de aplicación de la misma. A pesar de un recurso pendiente por parte de unos sindicatos de la policía, no podía afirmarse que existían motivos serios para creer que el demandante corría el riesgo de ser ejecutado. En estas condiciones, las quejas del demandante en virtud de los artículos 2, 3 y 14 relativas a la aplicación de la pena de muerte debían ser rechazadas.

Quedaba, sin embargo, por determinar si la condena a muerte en sí implicaba violación del Convenio. Considerando que no se planteaba ninguna cuestión distinta a este respecto en el terreno del artículo 2, el Tribunal prefirió examinar este punto bajo el prisma del artículo 3.

¿La práctica de los Estados contratantes en la materia debía ser interpretada como testimonio de su acuerdo en abolir la excepción prevista en el artículo 2 (1), el cual

autoriza explícitamente la pena de muerte en ciertas condiciones, como afirmaba Ocalan?

La Corte recordó que el Convenio debe entenderse como un todo y que hay que interpretar el artículo 3 conjuntamente con el 2. Si había que interpretar el artículo 2 como una autorización de la pena capital, a pesar de la abolición casi completa de ésta en Europa, no cabría afirmar que el artículo 3 incluía una prohibición general de la pena de muerte pues en tal caso la redacción clara del artículo 2 (1) se encontraría reducido a la nada. En consecuencia el Tribunal debía responder en primer lugar a las observaciones del demandante que afirmaba que la práctica de los Estados contratantes en la materia daba fe de su acuerdo para abolir la excepción prevista en la segunda frase del artículo 2 (1), la cual autoriza de manera explícita la pena capital en ciertas condiciones.

A este respecto no cabía perder de vista el carácter específico de tratado de garantía colectiva de los derechos humanos que reviste el Convenio, y que éste no puede ser interpretado en el vacío. Por el contrario, éste debe ser interpretado siempre que ello sea posible de manera que se concilie con las otras reglas del Derecho internacional de las que forma parte.

En 1989 en el asunto *Soering* había admitido que una práctica establecida en el seno de los Estados miembros podía dar lugar a una modificación del Convenio al estimar que una práctica posterior en materia de política penal nacional, bajo la forma de una abolición generalizada de la pena capital, podría dar fe del acuerdo de los Estados contratantes para abolir la excepción prevista en el artículo 2 (1) y por tanto para suprimir un límite explícito a las perspectivas de interpretación evolutiva del artículo 3. Sin embargo finalmente lo había excluido al estimar que el Protocolo 6 mostraba que las Partes Contratantes, para instaurar la abolición de la pena capital en tiempo de paz, habían querido actuar a través de la vía de enmienda, o dicho de otro modo, según el método habitual, y más aún, a través de un medio facultativo. En consecuencia, había concluido que el artículo 3 no podía ser interpretado en el sentido de que prohibía en principio la pena de muerte.

El Tribunal debía recordar que el Convenio es un instrumento vivo a interpretar a la luz de las condiciones de vida actuales, y que el nivel de exigencia creciente en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales implicaba, paralela e ineluctablemente, una mayor firmeza en la apreciación de los atentados a los valores fundamentales de las sociedades democráticas.

Por consiguiente, para determinar ahora si era necesario considerar un trato o una pena dados como inhumanos o degradantes a los fines del artículo 3, debía tener en cuenta la evolución y las normas comúnmente aceptadas por la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa al respecto. Además la propia noción de tratos y penas inhumanos y degradantes había evolucionado. Lo mismo sucedía en relación con el tratamiento jurídico de la pena de muerte, donde, de una abolición de hecho de veintidós Estados en 1989 se había pasado a una abolición *de iure* de cuarenta y tres de los cuarenta y cuatro Estados contratantes, entre ellos, el Estado demandado, y a una moratoria en el único país que aún no había abolido esta pena, Rusia. Este abandono prácticamente total en Europa de la pena de muerte en tiempo de paz

se traducía por la firma del Protocolo 6 por el conjunto de los Estados miembros y por la ratificación de este Protocolo por cuarenta y uno de ellos, a excepción de Turquía, Armenia y Rusia. Habida cuenta de esta evolución, los territorios bajo la jurisdicción de los Estados miembros del Consejo de Europa formaban en la actualidad una zona exenta de pena de muerte.

Era posible, por consiguiente, considerar a la vista de todos estos datos que esta clara tendencia traducía en la actualidad la existencia de un acuerdo entre los Estados para abolir o, al menos, modificar, la segunda frase del artículo 2 (1). Habida cuenta de la convergencia de todos estos elementos, podía decirse que la pena de muerte en tiempo de paz debía ser considerada como una forma de sanción inaceptable, incluso inhumana, no autorizada ya por el artículo 2.

Al expresar esta idea, el Tribunal tenía en cuenta la apertura a la firma del Protocolo 13, lo que autorizaba a pensar que los Estados contratantes habían preferido seguir su política de abolición según el método habitual, es decir, a través, de la enmienda del texto del Convenio. Sin embargo, este texto podía ser considerado también como la confirmación de la tendencia abolicionista establecida por la práctica de los Estados contratantes por lo que su existencia no iba necesariamente en contra de la tesis según la cual el artículo 2 había sido enmendado en la medida que autoriza la pena de muerte en tiempo de paz.

A la luz de la evolución en la materia, no cabía excluir, por tanto, que los Estados habían convenido, a través de su práctica, en enmendar la segunda frase del artículo 2 (1) en la medida en que esta disposición autoriza la pena de muerte en tiempo de paz así como sostener también que la ejecución de la pena de muerte constituye trato inhumano o degradante contrario al artículo 3. Sin embargo, era inútil que el Tribunal llegara a una conclusión definitiva al respecto porque incluso en el caso de que se interpretara el artículo 2 en el sentido de que autoriza aún la pena de muerte, sería contrario al Convenio ejecutar a tal pena tras un proceso injusto.

En efecto, aún en el caso de que el artículo 2 autorizara todavía la pena de muerte, está prohibido de acuerdo con el Convenio infligir la muerte de forma arbitraria en virtud de la pena capital, lo que deriva de la exigencia de que «el derecho a la vida está protegido por la ley». Un acto arbitrario no puede ser regular a la luz del Convenio. Igualmente deriva de la exigencia del artículo 2 (1) que la muerte no puede ser aplicada sino en virtud de la «ejecución de una pena capital pronunciada por un tribunal», y que el «tribunal» que inflige esta pena sea un tribunal independiente e imparcial en el sentido de la jurisprudencia; por otra parte, deben ser respetadas las normas de equidad más estrictas en el procedimiento penal tanto en primera instancia como en apelación. Al ser la ejecución de la pena capital irreversible, sólo a través de la aplicación de tal normas puede ser evitada una muerte arbitraria e ilegal.

De la interpretación del artículo 2 desarrollada más arriba resultaba que no estaba autorizada la ejecución de un condenado a muerte que no se hubiera beneficiado de un proceso equitativo.

Quedaba por examinar las implicaciones de este razonamiento respecto de la cuestión suscitada a la luz del artículo 3 respecto del hecho del pronunciamiento de la pena

de muerte. Para el Tribunal, el hecho de pronunciar una pena capital en contra de una persona a resultas de un proceso no equitativo equivalía a someter a ésta persona de manera injusta al temor de ser ejercitada. El miedo y la incertidumbre en cuanto a futuro engendradas por la sentencia de muerte, en circunstancias en las que existía la posibilidad real de que la pena fuera ejecutada como era el caso habida cuenta de la notoriedad del demandante y el hecho de que había sido condenado por los crímenes más graves, debían ser fuentes de una angustia considerable para él. Este sentimiento de angustia no podía ser disociado de la injusticia del procedimiento que había desembocado en la pena. Habida cuenta del rechazo por las Partes contratantes de la pena capital, que no tenía ya lugar alguno en una sociedad democrática, toda condena a muerte en tales circunstancias debía ser considerado en sí mismo como trato inhumano. En consecuencia, el pronunciamiento en sí de la pena capital tras un proceso no equitativo constituía un trato inhumano en el sentido del artículo 3.

#### **2.4. Artículo 3 (Condiciones de detención)**

Ocalan se quejó igualmente de que las condiciones en las cuales había sido trasladado de Kenia a Turquía y en las que se encontraba detenido en la isla de Imrali constituían trato inhumano en el sentido del artículo 3 del Convenio.

Según él, había sido secuestrado en Kenia por agentes turcos y este acto constituía necesariamente una agresión física a su persona. Además, las circunstancias en que este arresto había tenido lugar (el hecho de que le hubieran sido vendados los ojos, hubiera sido atado de manos, hubiera sido drogado, su grabación en un vídeo el avión y su presentación delante de banderas turcas ante la prensa y cadenas de televisión mientras tenía los ojos vendados) constituían trato inhumano o degradante. Asimismo añadió que las condiciones de detención en Imrali (aislamiento en una celda, restricciones en su contacto con sus abogados y su familia, el deterioro de su estado de salud) eran inhumanas.

El Gobierno rechazó estas alegaciones y sostuvo que el demandante no había sido objeto de malos tratos durante su traslado a Turquía ni durante su detención en Imrali. En lo que se refiere a las condiciones de su traslado, los ojos le fueron vendados en el curso de un breve espacio de tiempo a fin de impedir la identificación de los miembros de seguridad del Estado que le acompañaban, que no tuviera conocimiento de las zonas militares secretas en las que se encontraba y de que se automutilara. De hecho, la venda le fue retirada en el momento en el que el avión entró en la zona aérea turca y el estado de salud del demandante estuvo vigilado de forma permanente por un médico que se encontraba a bordo. En cuanto a las condiciones de detención de la prisión, el demandante no había sido mantenido jamás en una celda aislada y había recibido la vista de médicos, de sus abogados y de miembros de su familia.

Refiriéndose a las condiciones del traslado de Kenia a Turquía, el Tribunal consideró que no había quedado probado más allá de toda duda razonable que el arresto del demandante así como las condiciones de su traslado de Kenia a Turquía hubiera tenido consecuencias que hubieran sobrepasado el elemento habitual de humillación inherente a todo arresto o detención y que hubiera alcanzado el grado mínimo de gra-

vedad requerido por el artículo 3; y sobre las condiciones de detención en Imrali, el Tribunal estimó asimismo que éstas no habían alcanzado el grado mínimo de gravedad necesario para constituir trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 3. No había existido, pues, violación a este respecto.

## **2.5. Artículo 34 (Derecho a un recurso individual)**

El demandante hizo notar por último en el plano del artículo 34 de que sus abogados en Ámsterdam no había podido entrar en contacto con ellos tras su arresto con lo cual había visto obstaculizado su derecho a presentar una demanda ante el TEDH así como de que el gobierno turco no había respondido a una solicitud del mismo en la que le invitaba a proporcionar ciertas informaciones.

El Gobierno mantuvo que el rechazo al acceso a territorio turco de tales representantes legales se fundó en una decisión administrativa que tuvo en cuenta que los mismos militaban contra los intereses de Turquía y habían participado en reuniones del PKK. Además en la fecha de dicho rechazo, dichos abogados no contaban con un poder específico para representar al demandante.

El Tribunal consideró que la negativa del Gobierno y la ausencia de comunicación con sus abogados no habían traído sin embargo como consecuencia la violación del derecho a deducir una demanda por parte del demandante. No existía, por tanto, violación a este respecto.

## **3. VALORACIÓN**

Como resulta de lo expuesto, la sentencia de 12 de Marzo de 2003 reviste extraordinario interés desde diferentes puntos de vista de los que destacaremos aquí tres: el examen de las condiciones de arresto de Ocalan en Kenia; el procedimiento penal seguido contra él en Turquía; y la cuestión de la pena de muerte.

En primer lugar, la cuestión de la legalidad del arresto. ¿El arresto del demandante en Kenia fue legal?

El Tribunal admite a nivel de principio que un arresto puede, en determinadas condiciones, constituir una violación del derecho individual a la seguridad. Sin embargo, el Convenio no afecta al derecho de los Estados a cooperar en materia penal. A tal fin, el Estado que ha procedido al arresto debe haber respetado su Derecho interno y el Estado territorial ha de haber aportado su consentimiento de cualquier forma.

En el caso concreto, ¿se han respetado estos límites? El Tribunal estima que sí ya que en lo que se refiere a la conformidad del arresto con el Derecho nacional turco, el arresto y detención del demandante se han desarrollado conforme a las órdenes emanadas de las jurisdicciones turcas a fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente sobre la base de razones plausibles para sospechar que había cometido una infracción; y en cuanto a la cuestión de si se ha respetado la soberanía de

Kenia y el Derecho internacional, ha existido un asentimiento por parte del Estado territorial en el caso como lo prueban, entre otros datos, la implicación de agentes keniatas en el arresto; la reacción de las autoridades del país ante el mismo; el deseo de éstas de ver a Ocalan salir del país; y la inexistencia de un tratado de extradición. En consecuencia, concluye que la detención no fue irregular.

Sin embargo, ¿el Derecho Internacional puede autorizar acaso un secuestro como el llevado a cabo por los agentes turcos? A nuestro juicio es bastante dudoso imponiéndose hoy en día más que nunca si cabe un respeto riguroso de las garantías individuales establecidas en el artículo 5.

En segundo lugar, el asunto de la legalidad del proceso penal. ¿Ocalan tuvo un proceso justo?

El Tribunal analiza en este contexto tres aspectos fundamentales: la duración de la detención provisional por delitos de terrorismo; la presencia de un magistrado militar en el proceso; y la equidad del procedimiento.

En cuanto a la duración de la detención provisional por delitos de terrorismo, el Tribunal admite que las investigaciones en este tipo de casos colocan sin duda alguna a las autoridades ante problemas particulares. Sin embargo, ello no significa que éstas gocen de un margen total de apreciación, entre otros aspectos, en relación con la duración de la detención, ya que se hallan sujetas a fiscalización por parte de los tribunales internos y, en último término, a fiscalización europea. En el caso sin embargo Ocalan pasó al menos siete días incomunicado tras su detención sin que ello fuera necesario. Hubo por tanto violación del Convenio.

La cuestión de la presencia de un magistrado militar en el proceso como parte del Tribunal de Seguridad del Estado es clara y el Tribunal concluye de igual forma que en decisiones anteriores que existe violación del derecho a un tribunal imparcial.

Por último, respecto de la cuestión de la equidad del procedimiento ante el Tribunal de Seguridad del Estado, el Tribunal toma nota de la falta de asistencia al demandante durante su detención provisional, de la realización de las entrevistas con sus defensores en presencia de terceros, las limitaciones impuestas al número y la duración de éstas y los obstáculos impuestos al demandante y a sus abogados a la hora de acceder al sumario y concluye asimismo la existencia de una violación a este respecto.

En resumen pues, el demandante no se benefició como debía de un proceso equitativo. Más tarde el Tribunal analizará el tema fundamental de las implicaciones de la existencia de un proceso injusto sobre el hecho de dictar una sentencia de muerte.

En tercer lugar, la cuestión de la pena de muerte, sin duda, el asunto más importante y donde las afirmaciones del Tribunal, como ya dijimos, son de la mayor relevancia.

¿La pena de muerte –se pregunta el Tribunal– constituye hoy en día trato inhumano o degradante?

Como hemos visto, el demandante afirmaba que la práctica de los Estados contratantes en la materia daba fe del acuerdo de éstos para abolir la excepción prevista en

la segunda frase del artículo 2 (1), la cual autoriza la pena capital bajo ciertas condiciones. ¿Es ello así?

La cuestión de la modificación de los tratados a través de una práctica posterior que no se corresponde con sus disposiciones y que pone de manifiesto un acuerdo tácito de los Estados o una costumbre en sentido contrario es, sin duda, un tema difícil y sobre el que no existe acuerdo entre la doctrina (Ver al respecto, Carrillo Salcedo, J.A: «La peine de mort, peut-elle être considérée en soi, en l'absence d'autres éléments comme une peine inhumaine et dégradante? Quelques réflexions sur la pratique subséquente des Etats partie dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 mars 2003 (l'affaire Öcalan c.Turquie)» Contribution aux Mélanges Gérard Cohen-Jonathan).

Como es sabido, el artículo 38 del proyecto final de artículos de la CDI sobre Derecho de los Tratados señalaba de manera inequívoca que todo tratado «podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando... ésta denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones de dicho tratado». Sin embargo, dicho texto no fue avalado por la Conferencia de Viena, como señalan Daillier y Pellet, preocupada por no legalizar la violación de los tratados como resultado de su aplicación y en mantener una cierta flexibilidad de ésta a fin de evitar que la conducta de los Estados pudiera conducir a oponerles una modificación que ellos no hubieran deseado realmente, aunque, sin embargo, sin excluir la posibilidad de una modificación a través del comportamiento posterior de las partes, posibilidad ésta que la práctica admite sin duda alguna como ha consagrado la jurisprudencia (Daillier, P.; Pellet, A.: «Droit international public», 2002, p. 295).

En 1989 con ocasión del asunto Soering, el Tribunal había afirmado la posibilidad de una abolición implícita parcial relativa a la excepción al derecho a la vida que figura en el artículo 2 (1). Sin embargo, tras tomar nota del estado de firmas y ratificaciones del Protocolo 6, lo excluyó al considerar que éste mostraba la voluntad de los Estados partes de abolir la pena de muerte a través de la vía tradicional, esto es, a través de una enmienda formal, y aún de carácter facultativo.

Ahora la Corte, aún sin abandonar formalmente esta solución anterior, da un paso más.

Para ello el Tribunal analiza en primer lugar la situación jurídica existente en el marco del Consejo de Europa en relación con la pena de muerte en tiempo de paz y toma nota de la evolución experimentada desde entonces donde, de una abolición de hecho de veintidós Estados en 1989, se ha pasado a una abolición de Derecho de cuarenta y tres de los cuarenta y cuatro Estados miembros, entre ellos, Turquía ( la excepción es Rusia, que aplica no obstante una moratoria). Este abandono prácticamente total en Europa de la pena de muerte en tiempo de paz se ha traducido en la firma del Protocolo 6 por parte del conjunto de los Estados miembros así como en su ratificación por cuarenta y uno de los cuarenta y cuatro Estados (las excepciones son de Turquía, Armenia y Rusia). Para él, pues, el Consejo de Europa constituye, hoy en día, de hecho, una organización internacional cuyo territorio constituye una zona exenta de pena de muerte en tiempo de paz.

Tras ello, y en segundo lugar, estudia la situación jurídica existente en relación con la pena de muerte en tiempo de guerra y observa que en este contexto se ha abierto a la firma en Mayo de 2002 el Protocolo 13 que prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia, incluido por crímenes cometidos en tiempo de guerra o de inminente amenaza de guerra, lo que puede ser interpretado en el sentido de que los Estados han querido proseguir su política de abolición según el método habitual, es decir, a través de una enmienda del texto del Convenio, pero también como confirmación de la tendencia abolicionista antes referida establecida por la práctica de los Estados por lo que no cabe concluir que la existencia del mismo va necesariamente en contra de la afirmación de que el artículo 2 ha sido enmendado en la medida que no autoriza ya la pena de muerte en tiempo de paz.

La conclusión de este doble examen por parte del órgano judicial es clara, a saber, la de no cabe excluir como hipótesis la tesis de Ocalan de que en la actualidad la práctica de los Estados ha abolido ya la excepción prevista en el artículo 2 (1) así como que la pena de muerte debe ser considerada hoy asimismo contraria al artículo 3.

Sin embargo, tras ello y llevado por una última prudencia, comprensible al tratarse esta última una afirmación que corresponde hacer finalmente a los Estados y no a un órgano judicial, añade a continuación que, en cualquier caso, no existe necesidad de llegar a una conclusión definitiva al respecto ya que, aún en el supuesto hipotético de que el texto del Convenio pudiera ser interpretado en el sentido de que autoriza aún la pena de muerte, en cualquier caso sería contrario al mismo ejecutar esta pena, y aún pronunciarla, a resultas de un proceso no equitativo para lo cual cita en su apoyo, entre otras, la Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de Octubre de 1999 sobre «derecho a la información en la asistencia consular» concluyendo a través de esta vía de manera menos controvertida que ha habido en el caso violación del artículo 3 al haber sido pronunciada la pena de muerte a resultas de un proceso injusto.

Con ello el Tribunal toma partido una vez más a favor de una interpretación dinámica y evolutiva del Convenio conforme con su naturaleza de tratado de protección de derechos humanos y libertades fundamentales rindiendo así una contribución fundamental en favor de lo que, a nuestro juicio, no puede sino ser el objetivo final en la materia, a saber, la afirmación definitiva en el marco del Consejo de Europa de la incompatibilidad de la pena de muerte con la prohibición absoluta de las penas y tratos inhumanos.

Como último dato importante, reseñar que el 11 de Junio de 2003, el comité de cinco jueces de la Gran Sala ha aceptado que el caso sea remitido a la Gran Sala de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 (1) del Convenio que permite que, en el plazo de tres meses, cualquier parte en el caso, en supuestos excepcionales, puede solicitar que el asunto sea remitido a la Gran Sala de diecisiete jueces para su enjuiciamiento definitivo, tras una petición en ese sentido por parte del demandante de 5 de Junio de 2003 y del Gobierno de Turquía de 11 de Junio de 2003.