

LUIS RAMON RUIZ RODRIGUEZ

COORDINADORES

LA PROTECCIÓN PENAL DE LA SALUD CONFORME A LAS RESOLUCIONES DEL TEDH Y DE LA CORTE IDH

AUTORES

FCO. JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA
ARTURO VENTURA PÜSCHEL
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ
HAIDEER MIRANDA BONILLA
MARIE-AUDE BEERNAERT
ANDREA ACOSTA GAMBOA
MARÍA FERNANDA PALMA
MARÍA AURELIA BLANDINO HERRERA
FRANZ VEGA Z.
NOEMI MARIA CARDINALE

2023



BOSCH EDITOR



Editorial Jurídica Continental

CASO IG Y OTRAS VS. ESLOVAQUIA, Sentencia del 13 de noviembre de 2012
Caso Y.P. vs. Rusia, sentencia del 20 de septiembre de 2022.

CASO REYES JIMÉNEZ VS. ESPAÑA, sentencia del 8 de marzo de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO BAYARRI VS. ARGENTINA. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

CASO MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL EN ATENCO VS. MÉXICO. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra, párr. 275.

CASO I.V. VS. BOLIVIA. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

CORTE IDH. CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

CASO V.R.P., V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

CASO AZUL ROJAS MARÍN Y OTRA VS. PERÚ. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

CASO GUACHALÁ CHIMBO Y OTROS VS. ECUADOR. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423.

Marie-Aude Beernaert
Profesora Ordinaria
Universidad Católica de Lovaina

Traducción de Alejandro Ruiz Rodríguez

CAPÍTULO IV LA DETENCIÓN EN TIEMPOS DE COVID BAJO LA LUPA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

(obs. bajo TEDH, Fenech c. Malta,
dec. 23 de marzo de 2021)

SUMARIO: **1.** Fenech c. Malta o la legalidad del mantenimiento de la detención a pesar de la suspensión del proceso penal. **2.** Las medidas tomadas para luchar contra la COVID-19 en prisión a prueba, de cara al Convenio Europeo de Derechos Humanos. **2.1.** Normas sanitarias previstas en prisión. **2.2.** Medidas de retención o excarcelación destinadas a reducir la (sobre)población reclusa. **2.3.** Medidas para reducir el contacto con el exterior. **2.3.1.** Restricciones de las visitas a los presos. **2.3.2.** Suspensión de permisos de salida y permisos penitenciarios. **2.3.3.** La imposibilidad de comparecer personalmente ante el juez. **3.** Conclusión.

1. FENECH C. MALTA O LA LEGALIDAD DEL MANTENIMIENTO DE LA DETENCIÓN A PESAR DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL

Sospechoso de ser el artífice del asesinato de Daphné Caruana Galizia –periodista de investigación maltesa asesinada en octubre de 2017 en un coche bomba–, Yorgen Fenech fue detenido en noviembre de 2019. Según en prisión preventiva cuando estalló la pandemia de Covid-19 y se declaró una situación de emergencia de salud pública en Malta, el 13 de marzo de 2020. El Estado maltés decidió cerrar sus tribunales por tiempo indefinido, en el entendimiento de que los tribunales nacionales seguirían siendo libres de ordenar la vista de cualquier caso urgente mientras tanto. Sobre esta base, los tribunales nacionales examinaron varias solicitudes de Yorgen Fenech (en las que impugnaba la legalidad de su detención, solicitando su puesta en libertad bajo fianza o pidiendo la reanudación del examen de su caso). En todas las ocasiones fueron rechazadas mediante decisiones debidamente motivadas. Finalmente se decidió que el examen de su caso se reanudaría a partir del 1 de junio de 2020.

Ante el Tribunal, el demandante se quejó en primer lugar de las condiciones materiales en las que había sido detenido. En su opinión, violaban los artículos 2 y 3 del Convenio, en particular porque las autoridades maltesas no habían tomado las medidas adecuadas para proteger su salud ante la crisis sanitaria de Covid. El Tribunal consideró que no estaba en condiciones de pronunciarse inmediatamente sobre esta parte de la demanda y decidió comunicarla al Gobierno demandado.

Sin embargo, el demandante también denunció una violación del artículo 5 § 1 (c), § 3 y 4 y del artículo 6 § 1 del Convenio, y en estos aspectos su solicitud fue declarada inadmisibles por estar manifestamente mal fundada.

En primer lugar, el Tribunal tuvo que determinar si la finalidad de la detención continuada del demandante era efectivamente llevarle «ante la autoridad judicial competente» en el sentido del artículo 5 § 1 (c) del Convenio. Recordando que la existencia de tal finalidad debe considerarse con

independencia de su realización¹, el Tribunal considera que éste era efectivamente el caso: el mero hecho de que, debido a las medidas de urgencia adoptadas para hacer frente a la pandemia de la Covid-19, el procedimiento de remisión se hubiera suspendido *sine die* no significaba que el Ministerio Fiscal no tuviera la intención de incoar un procedimiento contra el demandante ante la autoridad judicial competente (§ 88).

El Tribunal tampoco considera fundada la denuncia de violación del artículo 5 § 3 del Convenio. A este respecto, señala que todas las solicitudes de libertad provisional del demandante fueron examinadas en un breve plazo por los órganos jurisdiccionales nacionales, que en este caso hicieron uso de su facultad discrecional de actuar a pesar del cierre de los órganos jurisdiccionales decretado de inicio. Además, cada una de las decisiones adoptadas se basaba en razones pertinentes, suficientes y no estereotipadas para justificar el mantenimiento de la detención (§§ 92-95) y las autoridades nacionales habían actuado con la diligencia requerida en tales asuntos (§ 96).

A continuación, el Tribunal señaló que la solicitud de *habeas corpus* –a través de la cual el demandante impugnaba el mantenimiento de su detención basándose en que la introducción de las medidas de emergencia que suspendían los procedimientos judiciales había hecho ilegal su detención– también había sido debidamente examinada, tal como exige el artículo 5 § 4 del Convenio. El tribunal nacional había rechazado la solicitud, considerando que el procedimiento judicial contra el demandante aún podía continuar si éste así lo solicitaba, y que de hecho se había continuado en lo que respecta a sus solicitudes de libertad bajo fianza y a la solicitud de *habeas corpus* sobre la que se estaban pronunciando. Por lo tanto, en opinión del juez que conocía del asunto, su detención no podía considerarse ilegal debido a la suspensión en principio del procedimiento judicial, lo que no pareció arbitrario en opinión del Tribunal (§ 104).

1 Véase, en particular, TEDH, fallo *Brogan y otros c. Reino Unido*, 29 de noviembre de 1988, § 53 y fallo *Merabishvili c. Georgia*, 28 de noviembre de 2017 (GC), § 185.

Por último, en opinión del Tribunal, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, garantizado por el artículo 6 del Convenio, tampoco puede considerarse vulnerado en el presente caso. No se puede atribuir ningún retraso a las autoridades maltesas, aparte del tiempo durante el cual se suspendió el procedimiento debido a las medidas de emergencia. Y el hecho de que el procedimiento judicial se suspendiera durante unos tres meses debido a una pandemia mundial, no permite afirmar que se afectara a la esencia del derecho del demandante a acceder a un tribunal (§ 113).

2. LAS MEDIDAS TOMADAS PARA LUCHAR CONTRA LA COVID-19 EN PRISIÓN A PRUEBA, DE CARA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La crisis sanitaria sin precedentes derivada de la pandemia de la Covid-19 ha tenido, por supuesto, el mismo impacto en las prisiones que en otros sectores de la sociedad². Se ha dejado sentir incluso con mayor intensidad que en el exterior, no sólo porque las prisiones son entornos de alto riesgo, dada la promiscuidad y las malas condiciones higiénicas que reinan en ellas, sino también porque la población reclusa, en circunstancias normales, ya está debilitada en términos de salud, dado que los presos suelen tener peor salud que el resto de la población³.

De acuerdo con las recomendaciones de varios organismos internacionales, entre ellos el CPT⁴ y la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo

2 Sobre el impacto de la crisis del Covid-19 en los derechos fundamentales en general, véase BIANKU, «La Convention européenne des droits de l'homme et la pandémie de Covid-19», *cette revue*, 2021, pp. 15-47.

3 Véase, en particular, el informe resumido de la encuesta sobre la asistencia sanitaria en las prisiones belgas realizada en 2017 por el Centro Federal de Especialización en Asistencia Sanitaria (<https://kce.fgov.be/fr/soins-de-sante-dans-les-prisons-belges>), p. 15.

4 El CPT publicó el 20 de marzo de 2020 una «Declaración de principios relativa al trato de las personas privadas de libertad en el contexto de la pandemia de

de Europa⁵, se han adoptado diversas medidas en Bélgica⁶, como en otros países europeos⁷, para hacer frente a la pandemia en la prisión. En términos generales, estas medidas pueden dividirse en tres categorías:

Una primera categoría incluye las diversas medidas profilácticas que se adoptaron en las prisiones al igual que en la sociedad civil (y con las mismas dificultades iniciales para suministrar equipos de protección): uso de mascarillas, desinfección de las manos, distanciamiento físico, cribado, aislamiento preventivo de los presos entrantes, aislamiento médico de los presos con síntomas.

Una segunda categoría de medidas se dirigía específicamente a reducir la presión sobre las prisiones reduciendo el número de personas encarceladas.

coronavirus (CPT/Inf(2020)13)», seguida, el 9 de julio de 2020, por una «Nueva declaración sobre la situación de las personas privadas de libertad en el contexto de la actual pandemia de Covid-19» (CPT/Inf(2020)21).

5 El Comisario de Derechos Humanos emitió una declaración el 6 de abril de 2020 titulada «Pandemia de COVID-19: se necesitan medidas urgentes para proteger los derechos de los detenidos en Europa».

6 Sobre las medidas adoptadas en Bélgica, véase en particular O. NEDERLANDT y D. PACI, «La prison face au Covid-19: des mesures déséquilibrées au détriment des personnes détenues et/ou condamnées», J.T., 2020, pp. 341-348, O. NEDERLANDT, «Droits des personnes incarcérées durant la pandémie : quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire», *E-legal - Revue de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles*, octubre de 2020, disponible en línea (<http://e-legal.ulb.be/special-covid19/dossier-special-covid19/droits-des-personnes-incarcerees-durant-la-pandemie-quand-la-crise-ordinaire-se-double-d-une-crise-sanitaire>), así como el capítulo dedicado a las personas encarceladas en la contribución de I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOS-SEAU, O. NEDERLANDT, S. SAROLÉA y L. TRIAILLE, «Des personnes vulnérables aux situations de vulnérabilité: à quoi sert le droit en temps de Covid?» en el presente número de la *Revue*.

7 Para obtener una visión general de las medidas adoptadas en los distintos países europeos, consúltese el sitio web de la European Organisation of Prison and Correctional Services (<https://www.europis.org/covid-19-prevention-measures-in-european-prisons/>).

Para ello, se adoptaron dos enfoques complementarios, consistentes bien en reducir las *entradas* en prisión, en particular aplazando la ejecución de las penas, bien aumentando o acelerando las *salidas* de prisión, mediante medidas de libertad provisional o de libertad anticipada.

Una tercera categoría de medidas tenía por objeto minimizar el contacto entre la prisión y el mundo exterior. Para ello, la mayoría de los países suprimieron las visitas a la cárcel durante varias semanas, pero también las medidas de ejecución de la pena que permitían el movimiento entre el interior y el exterior, como los permisos de salida y los permisos penitenciarios. Con el mismo objetivo, algunos Estados suspendieron la celebración de visitas en prisión e impusieron la representación de los presos por su abogado o el uso de videoconferencias⁸.

Cada una de estas categorías de medidas es susceptible de plantear cuestiones específicas respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y es lo que nos proponemos abordar a continuación.

2.1. Normas sanitarias previstas en prisión

El artículo 3 del Convenio obliga a los Estados a proteger la integridad física de las personas privadas de libertad. Este requisito está establecido desde hace tiempo en la jurisprudencia del Tribunal⁹ y también se recuerda

8 Con mayor o menor éxito: en Derecho francés, el artículo 5 de la Ordenanza n.º 2020-303, de 25 de marzo de 2020, por la que se adaptan las normas de procedimiento penal sobre la base de la Ley de urgencia n.º 2020-290, de 23 de marzo de 2020, para hacer frente a la epidemia de la covid-19 –que permitía recurrir, sin acuerdo de las partes, a un medio de telecomunicación audiovisual ante todos los órganos jurisdiccionales penales distintos de los juzgados de lo penal– fue considerado contrario a la Constitución por la Decisión n.º 2020-872 QPC, de 15 de enero de 2021, del *Conseil constitutionnel*.

9 Véanse, en particular, entre muchas otras, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kudla c. Polonia*, de 26 de octubre de 2000 (CG), § 94, y *Blockhin c. Rusia*, de 23 de marzo de 2016 (CG), § 136.

en las Reglas Penitenciarias Europeas¹⁰. Por lo tanto, un Estado podría ser considerado responsable si no adopta las medidas necesarias para proteger adecuadamente la salud de los reclusos –especialmente de los más vulnerables– contra los riesgos asociados a la Covid-19. Actualmente hay varios casos pendientes ante el Tribunal que alegan incumplimientos en este sentido¹¹.

No obstante, es necesario que las medidas impuestas sean pertinentes desde el punto de vista sanitario y no vayan más allá de lo necesario para proteger la salud de las personas afectadas. De lo contrario, podrían dar lugar por sí mismas a un trato inhumano o degradante de los detenidos. En su sentencia *Feilazoo c. Malta*, el Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 3 en el caso de un ciudadano nigeriano que, durante su detención administrativa, había sido sometido a aislamiento durante varias semanas antes de ser puesto en cuarentena con los recién llegados¹².

También podría plantearse una cuestión específica en relación con el artículo 3 del Convenio en relación con el despliegue de la estrategia de vacunación contra la Covid-19. Resulta difícilmente justificable el hecho de que los detenidos no recibieran ningún tipo de prioridad en la asignación de las vacunas disponibles, a pesar de que están expuestos a un mayor riesgo de contagio. En Bélgica, sin embargo, se tomó la decisión de dar prioridad a la vacunación únicamente del personal penitenciario y no de los propios

10 Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, Regla 39.

11 Además del asunto *Fenech c. Malta*, también están los asuntos *Maratsis y otros c. Grecia* (solicitud n.º 30335/20) y *Vasilakis y otros c. Grecia* (solicitud n.º 30379/20), notificados el 25 de febrero de 2021, *Vlamis y otros c. Grecia* (solicitud n.º 29655/20) y otras cuatro solicitudes (solicitudes n.º 29689/20, 30418/20 y 30574/20), notificadas el 16 de abril de 2021, así como la solicitud n.º 30574/20. Grecia (solicitud n.º 29655/20) y otras cuatro solicitudes (solicitudes n.º 29689/20, 30240/20, 30418/20 y 30574/20) que se notificaron el 16 de abril de 2021, así como *Rus c. Rumanía* (solicitud n.º 2621/21) que se notificó el 11 de junio de 2021.

12 Sentencia del TEDH en *Feilazoo c. Malta*, 11 de marzo de 2021, §§ 91-93.

reclusos¹³, a pesar de las recomendaciones de expertos internacionales¹⁴ y de varios organismos consultivos¹⁵, que invitaron a dar prioridad al conjunto de la población reclusa.

2.2. Medidas de retención o excarcelación destinadas a reducir la (sobre)población reclusa

Los condenados que, en el contexto de la crisis de la Covid, se han beneficiado de un aplazamiento de la ejecución de su pena o de una excarcelación de duración (in)determinada no deberían, *a priori*, encontrar

13 Sobre esta decisión, véase. T. DAEMS, «Kiezen tussen pest en cholera: Rechten van gedetineerden in tijden van pandemie», *Juristenkrant*, 2021, liv. 430, pp. 10-11, así como la carta enviada al Ministro de Justicia por la Junta Central de Vigilancia Penitenciaria el 25 de mayo de 2021 (<https://ccsp.belgium.be/wp-content/uploads/2021/05/Vaccination-en-prison-FR.pdf>).

14 Véase en particular N. SIVA, «Experts Call to Include Prisons in COVID-19 Vaccine Plans», *The Lancet*, 2020, vol. 396, p. 1870 así como p. SIMPSON, M. LEVY et T. BUTLER, «Incarcerated people should be prioritised for covid-19 vaccination», *British Medical Journal*, 2021, 373, n. 859.

15 Véase, en particular, el Dictamen nº 75 de 11 de diciembre de 2020 del Comité Consultivo Belga de Bioética «sobre las directrices éticas para el despliegue de la vacunación Covid-19 en beneficio de la población belga», así como las «Recomendaciones para la priorización de subgrupos de pacientes menores de 65 años para la vacunación contra Sars-Cov-2 (fase 1B)» emitidas por el Consejo Superior de Sanidad belga en febrero de 2021. El Comité Consultivo de Bioética situó a las personas que viven o trabajan en prisiones en el grupo 3 (de 4) en términos de prioridad (dictamen nº 75, p. 22). Y el Consejo Superior de Sanidad recomendó que, en su calidad de «personas expuestas a una promiscuidad importante y/o a condiciones sanitarias precarias y/o incapaces de adoptar suficientemente gestos de barrera y/o con un acceso limitado a la atención sanitaria, en comparación con la población en general», las personas privadas de libertad «deberían ser tenidas en cuenta en la estrategia global de vacunación belga con un nivel de prioridad superior al de las funciones esenciales y la población belga en general» (HSC nº 9618, pp. 13 y 30-31).

necesario quejarse por ello. Sin embargo, estas medidas aún pueden plantear cuestiones respecto del Convenio.

En primer lugar, porque la no ejecución de una sentencia no es siempre una opción, según el Tribunal Europeo. En opinión del Tribunal, la ejecución de una pena impuesta en el marco del derecho a la vida¹⁶ o por abuso sexual¹⁷ forma parte integrante de la obligación positiva que incumbe a los Estados en virtud de los artículos 2, 3 y 8 del Convenio, respectivamente. Si bien el aplazamiento de la ejecución de dichas sentencias¹⁸ por unos meses no debería ser necesariamente un problema en sí mismo, otra cosa será, en nuestra opinión, cuando exista riesgo de fuga del condenado o de prescripción de la pena.

Además, los Estados que han introducido este tipo de medidas las han reservado para determinadas categorías de presos. Otras han sido excluidas, normalmente por el tipo de condena o la duración de la pena. Esto sólo nos parece compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos si estos presos, excluidos del beneficio del retención o puesta en libertad *automáticas* conservan, no obstante, el acceso a procedimientos que les permitan *solicitar* una posible puesta en libertad si demuestran que su estado de salud es tal que la continuación de su detención le expondría a un riesgo de muerte o a un trato inhumano y degradante. El Tribunal Europeo considera en efecto, que, en casos excepcionales en los que el estado de salud del detenido es

16 TEDH, sentencias *Kitanovska Stanokovic y otros c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, 13 de octubre de 2016, § 32, *Akeliñi c. Lituania*, 16 de octubre de 2018, § 85 y *Makuchyan y Minasyan c. Azerbaiyán y Hungría*, 26 de mayo de 2020, § 50.

17 Sentencia del TEDH en el asunto *E. G. c. República de Moldova*, 13 de abril de 2021, § 41.

18 Cabe señalar que, en Derecho belga, las circulares del Colegio de Fiscales generales que ordenaban el aplazamiento de la ejecución de un determinado número de penas para limitar la propagación del coronavirus excluían expresamente las condenas por delitos graves que implicaran el uso de la violencia y por hechos de moralidad (col. nº 7 de 26 de marzo de 2020 y nº 7bis de 5 de noviembre de 2020).

absolutamente incompatible con su detención, el artículo 3 puede exigir su puesta en libertad en determinadas condiciones¹⁹ y que, por lo tanto, el Derecho interno debe prever procedimientos accesibles que permitan solicitar la puesta en libertad por razones médicas²⁰.

2.3. Medidas para reducir el contacto con el exterior

Las diversas medidas destinadas a «aislar» las prisiones no plantean todas las mismas cuestiones en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos: la limitación de las visitas debe examinarse en virtud del artículo 8 (a), mientras que la supresión de los permisos de salida u otras modalidades de condena que permitan a los presos salidas y retorno entre la prisión y el mundo exterior es más problemática desde el punto de vista de las exigencias de la reinserción (b). En cuanto a las medidas que afectan al funcionamiento normal del sistema judicial, se debe evaluar obviamente a la luz del artículo 6 (c).

2.3.1. RESTRICCIONES DE LAS VISITAS A LOS PRESOS

Todos los Estados del Consejo de Europa parecen haber restringido –de un modo u otro– las visitas de familiares para contener la pandemia en

Estas supresiones o restricciones de las visitas constituyen evidentemente una injerencia en el ejercicio, por parte de los reclusos, de su derecho al respeto de su vida familiar, garantizado por el artículo 8 § 1 del Convenio. Para ser admisibles en virtud del Convenio, deberían estar «prescritas por la ley», y perseguir uno o varios de los objetivos legítimos enumerados en el artículo 8 § 2 y ser «necesarias en una sociedad democrática».

Si bien el objetivo legítimo no parece ser objeto de debate en este caso (el artículo 8 del Convenio autoriza expresamente las injerencias destinadas a «la protección de la salud»), las otras dos condiciones podrían plantear más interrogantes.

El fundamento jurídico de las restricciones a las visitas de los presos se ha cuestionado en ocasiones en el derecho interno, en particular cuando –como ocurría en Bélgica– se imponían mediante simples instrucciones enviadas por la administración penitenciaria a los directores de las prisiones, sin intervención alguna del poder legislativo²¹.

- 19 TEDH, sentencia *Rozhkov c. Rusia* de 19 de julio de 2007, § 104, sentencia *Xiros c. Grecia* de 9 de septiembre de 2010, § 74, sentencia *Liartis c. Grecia* de 10 de mayo de 2012, § 48 y sentencia *Helhal c. Francia* de 19 de febrero de 2015, § 48. En relación con las solicitudes, véanse, entre otras, las sentencias del TEDH, *Scoppola c. Italia* (nº 4), de 17 de julio de 2012; *Gülay Çetin c. Turquía*, de 5 de marzo de 2013; *Contrada c. Italia* (nº 2), de 11 de febrero de 2014, y *Dorneanu c. Rumanía*, de 28 de noviembre de 2017.
- 20 TEDH, *Mouisel c. France* sentencia de 14 de noviembre de 2002, § 44, *Matencio c. France* sentencia de 15 de enero de 2004, § 81, *Gelfmann c. France* sentencia de 14 de diciembre de 2004, § 51, *Tekin Yıldız c. Turkey* de 10 de noviembre de 2005, § 73, *Tănase c. Rumanía* de 12 de mayo de 2009, § 66, *Abaron Schwarcz c. Rumanía* de 12 de enero de 2010, § 93 y *Verbint c. Rumanía* de 12 de enero de 2010, § 93.
- 21 O. ZEVELEVA y J. NAZIF-MUNOZ, « COVID-19 and European carcerality: Do national prison policies converge when faced with a pandemic? », *Punishment & Society*, 2021 (disponible en línea en <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/14624745211002011>), p. 19.
- 22 Se trata de visitas en una sala de visitas compartida, durante las cuales los visitantes y los detenidos se sientan a ambos lados de mesas en una sala colectiva.
- 23 Durante más de dos meses entre marzo y mayo de 2020, y de nuevo durante algo más de un mes entre finales de octubre y principios de diciembre de 2020.
- 24 También conocidas como visitas no supervisadas o VHS (siglas en francés, N. del T.).
- 25 En una reclamación contra la decisión de poner a un preso en cuarentena sanitaria por incumplir la prohibición de contacto físico durante una visita a su

En cuanto a la condición de proporcionalidad de la injerencia, aunque parecía difícil de impugnar en las primeras fases de la pandemia (sobre todo porque la retirada de las visitas iba a menudo acompañada de medidas compensatorias, como la concesión de créditos telefónicos y/o la organización de videoconferencias²⁶), su importancia fue en aumento a medida que se prolongaban las restricciones en el tiempo y podían preverse otras medidas para evitar la contaminación (uso de mascarillas, desinfección de las manos, limitación del número de visitantes, *testing*,...).

Más recientemente, la cuestión de la proporcionalidad de las restricciones impuestas a los detenidos también se ha planteado en relación con el despliegue de la estrategia de vacunación contra el virus de la Covid-19: puede parecer difícil justificar el hecho de que se hayan seguido aplicando restricciones importantes cuando podrían haberse suavizado si se hubiera dado cierta prioridad a los detenidos –como recomiendan diversas autoridades– en la asignación de las vacunas disponibles.

novia, la comisión de quejas de la prisión de Forest-Berkendael consideró que la decisión impugnada era ilegal, ya que se basaba en una directiva de la administración penitenciaria que contravenía, sin base jurídica alguna, los artículos 58 y 60 de la ley de principios de 12 de enero de 2005, que garantizan el derecho de los presos a recibir visitas (decisión de 23 de marzo de 2021, ref. CP08/21-0008, inédito). El recurso contra esta decisión ante el Comité de Apelación de la Junta Central de Vigilancia Penitenciaria fue declarado admisible pero infundado. Sin pronunciarse más sobre la cuestión de la legalidad de las instrucciones dadas, el comité de apelación dictaminó que el carácter automático de la sanción de cuarentena preventiva era desproporcionado (decisión de 11 de mayo de 2021, ref. CA/21-0058, no publicada).

Tal y como recomendó el CPT, que defendió que «cualquier restricción del contacto con el mundo exterior, incluidas las visitas, [debería] compensarse con un mayor acceso a otros medios de comunicación (como el teléfono o la comunicación de voz a través del protocolo de Internet)» («Declaración de principios sobre el trato de las personas privadas de libertad en el contexto de la pandemia de coronavirus» de 20 de marzo de 2020 (CPT/Inf(2020)13).

2.3.2. SUSPENSIÓN DE PERMISOS DE SALIDA Y PERMISOS PENITENCIARIOS

Los permisos de salida y los permisos penitenciarios son a menudo modalidades de ejecución de la pena esenciales para preparar al condenado a la reinserción. Son las primeras medidas que puede solicitar un condenado y deben permitirle dar una serie de pasos para establecer un plan de reclusión.

Aunque el Convenio no garantiza un derecho a la reinserción como tal, la jurisprudencia del Tribunal Europeo asume, no obstante, que las personas condenadas a una pena privativa de libertad (incluso a cadena perpetua) deben «poder trabajar para su reinserción» y tener la oportunidad de encontrarse²⁷. En opinión del Tribunal, «la dignidad humana, que se encuentra en el corazón mismo del sistema del Convenio, impide que se prive a una persona de su libertad mediante coacción sin que al mismo tiempo se trabaje por su reinserción y sin ofrecerle la posibilidad de recuperar un día esa libertad»²⁸.

Suspender pura y simplemente cualquier posibilidad de disfrutar de permisos o permisos de salida es ciertamente problemático a este respecto. En derecho belga hay previstas excepciones, que se han ido ensanchando a lo largo del tiempo: durante la primera ola de la pandemia, entre marzo y junio de 2020, los directores de las prisiones podían conceder una excepción al principio de suspensión de los permisos penitenciarios si lo justificaban²⁹

27 TEDH, sentencia *Murray c. Países Bajos*, de 26 de abril de 2016 (GC), § 103, y *Petukhov c. Ucrania* (nº 2), de 12 de marzo de 2019, § 181.

28 TEDH, *Vinter c. el Reino Unido* sentencia de 9 de julio de 2013 (GC), § 113, *Murray v. Países Bajos* sentencia de 26 de abril de 2016 (GC), § 101, *Hutchinson v. el Reino Unido* sentencia de 17 de enero de 2017 (GC), § 43 y *Marcello Viola c. Italia* (nº 2) sentencia de 13 de junio de 2019,

§ 113. Sobre esta cuestión, véase también B. Pastre-Belda, «La notion de réinsertion des personnes détenues dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *cette Revue*, 2020, pp. 27-45.

29 Art. 14 del Real Decreto nº 3, de 9 de abril de 2020, por el que se dictan diversas disposiciones en materia de procedimiento penal y de ejecución de penas y

«circunstancias urgentes y humanitarias», mientras que tras la segunda ola, y más concretamente a partir de noviembre de 2020, también podían haberlo si la suspensión «ponía en grave peligro el plan de clasificación»³⁰. En la práctica, sin embargo, parece que los directores se abstuvieron de tomar tales iniciativas, so pretexto de que las infraestructuras de sus prisiones no permitían organizar una cuarentena al regreso de un permiso de salida o de uno penitenciario³¹, lo que obviamente pone en tela de juicio la eficacia de las garantías previstas...

2.3.3. LA IMPOSIBILIDAD DE COMPARECER PERSONALMENTE ANTE EL JUEZ

Para evitar los traslados de los presos a las vistas y también para limitar la entrada de personas ajenas a la prisión, algunos legisladores han dispuesto que incluso los tribunales que habitualmente tienen su sede en las prisiones puedan celebrar sus audiencias en los juzgados, y que los presos sean representados por su abogado. Como alternativa a la representación por abogado, los jueces también han utilizado la videoconferencia para permitir a los presos participar en las audiencias a distancia.

Exigir a un detenido que esté representado por un abogado, aunque desee participar en el procedimiento en persona, plantea ciertamente cuestiones respecto del artículo 6 del Convenio. El Tribunal considera que, aunque no se mencione expresamente en el apartado 1 del artículo 6, el derecho de un acusado a participar en la vista se desprende del objeto y de la finalidad

medidas previstas en el marco de la lucha contra la propagación del coronavirus COVID-19.

30 Art. 62 de la ley de 20 de diciembre de 2020 sobre diversas disposiciones temporales y estructurales relativas a la justicia en el contexto de la lucha contra la propagación del coronavirus COVID-19.

31 Comunicado de prensa del Consejo Central de Vigilancia Penitenciaria de 27 de abril de 2021 (<https://ccsp.belgium.be/wp-content/uploads/2021/04/Communiqu%C3%A9A9-27-avril-2021.pdf>)

del conjunto del artículo³², ya que la dirección activa de la defensa por un abogado no puede compensar la ausencia del acusado que desea comparecer personalmente³³.

En la medida en que está legalmente prevista en el Derecho interno³⁴ la representación parece, por el contrario, imponible en la fase preliminar del procedimiento cuando se trata de decidir sobre el mantenimiento de la prisión provisional. El Tribunal considera que «los procedimientos previstos en el artículo 5 § 4 no tienen por qué ir siempre acompañados de garantías idénticas a las prescritas para los procedimientos civiles o

32 TEDH, sentencia *Colozza contra Italia*, 12 de febrero de 1985, § 27.

33 TEDH, sentencia *Zana c. Turquía*, 25 de noviembre de 1997, § 72; sentencia *Hokelting c. Países Bajos*, 14 de febrero de 2017, § 62. En cuanto a la cuestión más específica de la representación legal de los internados (impuesta, en principio, en respuesta a la crisis sanitaria por el Art. 46 de la Ley de 20 de diciembre de 2020 que contiene diversas disposiciones temporales y estructurales en materia de justicia en el marco de la lucha contra la propagación del coronavirus COVID-19), el Tribunal Constitucional belga dictaminó que no estaba razonablemente justificado que las personas vulnerables se vieran privadas, ni siquiera temporalmente, de la posibilidad de ser oídas personalmente en las vistas de la sala de lo social. Esta sala debe ser capaz de evaluar correctamente su estado mental o psicológico para evitar que permanezcan privadas de libertad más tiempo del necesario, y cuando estas personas, precisamente por su estado mental o psicológico, pueden tener dificultades para confiar en otras personas y, por tanto, también, por ejemplo, para creer que su abogado expondrá correctamente su punto de vista (Cour const., sentencia nº 76/2021 de 20 de mayo de 2021).

34 Conviene recordar que, en virtud del artículo 5 del Convenio, el primer requisito para la privación de libertad es que respete «las vías legales» y, en particular, la legislación nacional. En Bélgica, el Tribunal de Casación anuló una decisión de la Sala de Acusación de Bruselas, que había derogado el derecho a la comparencia personal, consagrado en la ley sobre la detención preventiva sobre la base de una simple orden dictada por el primer presidente del Tribunal de Apelación, que había decidido poner fin al traslado de detenidos debido a la pandemia (Cass., 17 de junio de 2020, RG p. 20.0626.F, Rev. dr. pén. crim., 2021, p. 392).

penales previstos en el artículo 6 § 1», aunque «deban revestir un carácter jurisdiccional y ofrecer al interesado garantías adecuadas a la naturaleza de la privación de libertad objeto de recuso»³⁵. A este respecto, el principio de contradicción es obviamente esencial, pero el Tribunal parece aceptar que el detenido pueda ser «oído en persona o mediante una cierta forma de representación»³⁶.

En cuanto a la participación del acusado en el proceso por videoconferencia, cabe recordar que el Tribunal Europeo considera que no es, en sí misma, contraria al Convenio, siempre que persiga un fin legítimo y que las modalidades del proceso respeten los derechos de la defensa³⁷. En particular, el acusado debe poder seguir el proceso y ser oído sin obstáculos técnicos, y debe poder comunicarse de manera confidencial con su abogado³⁸. Si bien la legitimidad del objetivo perseguido (reducir las posibilidades de contacto para evitar la contaminación, garantizando al mismo tiempo la continuidad del funcionamiento de la justicia) difícilmente puede cuestionarse en este caso, respecto a las demás condiciones es diferente. En Bélgica, las experiencias llevadas a cabo en plena crisis sanitaria³⁹ distaban mucho de ser concluyentes y parecían estar muy por debajo de las exigencias impuestas por el Tribunal Europeo: técnicamente deficiente, diálogo difícil, ausencia de mecanismo específico para garantizar la comunicación confidencial con el abogado.

35 Véase, en particular, TEDH, sentencia *Megyeri c. Alemania* de 12 de mayo de 1992, § 22, sentencia *Asenov y otros c. Bulgaria* de 28 de octubre de 1998, § 162 y sentencia *Wloch c. Polonia* de 19 de octubre de 2000, § 125.

36 Véase, en particular, la sentencia del TEDH, *Kampanis c. Grecia*, de 13 de julio de 1995, § 47.

37 TEDH, sentencia *Marcello Viola c. Italia*, 5 de octubre de 2006, § 67; sentencia *Asciutto c. Italia*, 27 de noviembre de 2007, §§ 63-63.

38 TEDH, sentencia *Sakhnovskii c. Rusia*, 2 novembre 2010 (GC), § 98. En el mismo sentido, véase también TEDH, sentencia *Gorbunov et Gorbachev c. Rusia*, 1er marzo 2016, spéc. §§ 37 et 45.

39 Véase en particular, J.-Fr. FUNCK, « La vidéoconférence en matière pénale: approche critique, pratique et prospective », *J.T.*, 2021, pp. 257-264

3. CONCLUSIÓN

La pandemia de Covid-19 ha supuesto un reto sin precedentes y ha planteado una serie de cuestiones a los Estados Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente en la gestión de las personas privadas de libertad.

Una primera cuestión, que constituía el núcleo del asunto *Fenech c. Malta*, se refería a la legalidad de la detención continuada de personas en prisión preventiva, aunque el proceso penal subyacente se suspendiera *sine die*⁴⁰. El Tribunal no encontró violación del artículo 5 en este caso, ya que el demandante había podido solicitar su puesta en libertad en varias ocasiones y las autoridades habían actuado con la diligencia debida.

Otras cuestiones, varias de las cuales están en el centro de casos actualmente pendientes ante el Tribunal, se refieren a las diversas medidas que se han adoptado para hacer frente a la pandemia en prisión, desde las medidas que se han tomado (o deberían haberse tomado) para proteger el derecho a la vida y a la salud de los reclusos, hasta las estrategias para reducir la población reclusa, pasando por las políticas que se han seguido para intentar aislar las prisiones reduciendo el contacto con el mundo exterior.

Al igual que en otros sectores de la sociedad, no cabe duda de que, una vez superada la emergencia sanitaria, se podrán extraer enseñanzas de las prácticas aplicadas durante la pandemia. En el marco limitado de esta contribución, señalaremos sólo uno: es interesante observar que en varios países europeos, las medidas adoptadas⁴¹ han permitido liberar a un número

40 Para una cuestión comparable planteada en materia de extradición, véase el asunto *Khokhlov c. Chipre* (req. 53114/20), del que se informó el 20 de febrero de 2021.

41 Combinadas sin duda con otros factores como la disminución de la actividad del sistema de justicia penal y la disminución de la delincuencia debida al confinamiento (véase en este sentido, AEBI y M. TIAGO, «Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the medium-term impact of the COVID-19 on prison populations» (disponible en línea en <https://wp.unil.ch/>)

importante de presos y reducir drásticamente⁴², o incluso eliminar⁴³, el hacinamiento en las cárceles, sin que ello haya creado dificultades reales. Como señaló la *Contrôleuse générale de lieux de privation de liberté*, ésta es sin duda «la principal lección que hay que sacar de esta crisis: es posible reducir la tasa de ocupación global de las prisiones a su capacidad, e incluso por debajo de ella» mediante una voluntad real de deflación de las cárceles⁴⁴.

Sin duda, hay lecciones que aprender para los Estados que, como Bélgica⁴⁵, se enfrentan a un problema estructural de hacinamiento en las prisiones, en violación del artículo 3 del Convenio.

space/files/2021/02/Prisons-and-the-COVID-19_2nd-Publication_201109.pdf), p. 3.

42 En Bélgica, la tasa de hacinamiento ha pasado así del 16,5% a menos del 3% en menos de tres meses: a finales de febrero de 2020, había 10.877 detenidos para 9.337 plazas disponibles, mientras que el 15 de mayo de 2020 sólo había 9.611, lo que supone una reducción de 1.266 unidades (véase, a este respecto, la pregunta nº 48 del Sr. N. Boukili de 5 de noviembre de 2020 al Ministro de Justicia, Q^RVA, 55-31, p. 309).

43 En Francia, la densidad penitenciaria global se ha reducido del 115,7% a 1 de enero de 2020 al 96,9% a 1 de julio de 2020 (<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/les-chiffres-clefs-10041/statistiques-de-la-population-detenu-e-et-ecrouee-32891.html>).

44 Controlador general de los lugares de privación de libertad, «Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté à l'épreuve de la crise sanitaire» (disponible en línea https://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2020/07/CGLPL_Rapport-COVID.pdf), p. 3.

45 TEDH, sentencia *Vasilescu c. Belgique*, 25 noviembre de 2014, § 125.

CAPÍTULO V

LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIA EN EL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS («FECUNDACIÓN IN VITRO») VS. COSTA RICA

«No es la especie más fuerte la que sobrevive, ni la más inteligente, sino la que responde mejor al cambio»

Charles Darwin

SUMARIO: 1. Introducción 2. La Biopolítica y el Bioderecho: orientación para los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. 3. Las normas convencionales creadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en el caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») Vs. Costa Rica. 4. Margen de apreciación de los Estados y el voto disidente del Juez Vio Grossi. El Derecho a la Vida. 5. El Derecho a la Salud y la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.