

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: “Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en CASADO, M. y LÓPEZ ORTEGA, J. J. (coords.): *Desapariciones Forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del Convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, UNESCO-Cátedra de Bioética de la Universitat de Barcelona y Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2015, páginas 341-359. (ISBN 978-84-475-3852-2).

Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Javier Chinchón Álvarez

Dentro del marco general que establece el artículo 1¹ del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), la desaparición forzada de personas ha sido abordada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en conexión con lo dispuesto principalmente² en los artículos 2³, 3⁴,

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2012-36142 (Universidad Carlos III de Madrid), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

¹ “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”.

² En bastantes demandas relativas a desapariciones forzadas se ha invocado la violación de otras disposiciones del CEDH, como por ejemplo el artículo 6 –derecho a un proceso equitativo–, el 14 -prohibición discriminación- o el derecho al respeto de la vida privada y familiar contenido en el artículo 8. Respecto a este último, en la dimensión más interesante, esto es, la propia a la vida familiar, el TEDH generalmente ha mantenido que una vez examinado el caso desde la perspectiva de los artículos 2, 3 y/o 5 del CEDH, no era necesario manifestarse respecto a lo recogido en el artículo 8 (tampoco en cuanto a las otras disposiciones referidas); posición general que ejemplificaremos *infra* a través del *caso Varnava* y

5⁵ y 13⁶; respecto a los primeros, tanto en su dimensión sustantiva como procesal, por utilizar la terminología al uso ya asentadas a partir de la decisión de la Gran Sala en el *caso McCann y otros c. Reino Unido*⁷. Más allá de las singulares propias del CEDH, la pluralidad de disposiciones referidas no ha de resultar especialmente llamativa, pues como es ampliamente conocido y reconocido, la desaparición forzada es un hecho pluriofensivo que por acudir al literal de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: “[c]onstituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone

otros c. Turquía (GS). Una aproximación de interés parcialmente diferente, puede encontrarse en el *caso Uçar c. Turquía*, solicitud núm. 52392/99, sentencia de 11 de abril de 2006, párrafos 130-141.

³ “1. 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 un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.”

⁴ “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

⁵ “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente. b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente. e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo. f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá 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 y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”

⁶ “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

⁷ *Caso McCann y otros c. Reino Unido (GS)*, solicitud núm. 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995.

gravemente en peligro”⁸. Dicho de otro modo, precisamente el de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: “... disappearances are a flagrant violation of a whole range of human rights recognised in the international instruments on the protection of human rights (Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, European Convention on Human Rights), in particular the right to life, liberty and security of persons, the right not to be subjected to torture, freedom from arbitrary arrest or detention, and the right to a fair and public trial”⁹.

En realidad, lo que posiblemente pueda llamar más la atención es el modo en que el TEDH ha ido estableciendo la construcción, encaje y calificación jurídicas de la desaparición forzada a lo largo de su jurisprudencia; desarrollo en el que en un proceso con muestras muy evidentes de lo que se conoce como fertilización cruzada, ha sido sin duda un hito fundamental la decisión de la Gran Sala en el *caso Varnava y otros c. Turquía*¹⁰, en la que además se ofreció por vez primera una completa definición de la desaparición forzada de personas. De hecho, la doctrina sentada en aquella sentencia puede estimarse –para bien o para mal– como la actualmente vigente en el sistema europeo de protección de derechos humanos; sin perjuicio de lo que finalmente apuntaremos al hilo del *caso Janowiec y otros c. Rusia* (sentencias de Sala¹¹ y de Gran Sala¹²). En consecuencia, a este desarrollo y evolución dedicaremos el espacio disponible en esta oportunidad.

⁸ Artículo 1.2 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/47/133.

⁹ Resolución 828 (1984) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 26 de septiembre de 1984, párrafo 4. En esta oportunidad y en lo que sigue, en el texto principal se refieren las citas en su versión-lengua oficiales, acompañándose en nota a pie y cursiva una traducción no oficial de las mismas. En este caso: ... *las desapariciones son una violación flagrante de una amplia gama de derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos), en particular, del derecho a la vida, a la libertad y seguridad personales, el derecho de ser sometido a tortura, la prohibición de la detención o arresto arbitrarios, y el derecho a un juicio justo y público.*

¹⁰ *Caso Varnava y otros c. Turquía (GS)*, solicitudes núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, sentencia de 18 de septiembre de 2009.

¹¹ *Caso Janowiec y otros c. Rusia*, solicitudes núms. 55508/07 y 29520/09, sentencia de 16 de abril de 2012.

¹² *Caso Janowiec y otros c. Rusia (GS)*, solicitudes núms. 55508/07 y 29520/09, sentencia de 21 de octubre de 2013.

Al respecto, la primera referencia ineludible es el *caso Kurt c. Turquía*¹³, en el que se alegaba la desaparición de Üzeyir Kurt, hijo de la demandante, en el seno de una “operación antiterrorista” en el pueblo de Ağilli a fines de noviembre de 1993. En lo que aquí ocupa, la demandante sostenía que se habían violado los artículos 2, 3, 5 y 13 del CEDH. Frente a ello, el TEDH centró su atención de manera prácticamente exclusiva –y excluyente- en lo dispuesto en el artículo 5, en tanto que sostuvo entonces que no existían auténticas pruebas que permitieran acreditar que el hijo de la demandante hubiera sido torturado y/o ejecutado mientras estaba detenido; de tal suerte que en sus palabras, “... the Court is of the opinion that the applicant’s assertions that the respondent State failed in its obligation to protect her son’s life in the circumstances described fall to be assessed from the standpoint of Article 5 of the Convention”¹⁴. Así, el Tribunal terminaría configurando a la desaparición forzada de personas como una suerte de detención arbitraria especialmente grave, resultando clave para lo que aquí nos concita los siguientes dos párrafos:

“The Court emphasises in this respect that the unacknowledged detention of an individual is a complete negation of these guarantees and a most grave violation of Article 5. Having assumed control over that individual it is incumbent on the authorities to account for his or her whereabouts. For this reason, Article 5 must be seen as requiring the authorities to take effective measures to safeguard against the risk of disappearance and to conduct a prompt effective investigation into an arguable claim that a person has been taken into custody and has not been seen since.

(...)

the Court concludes that the authorities have failed to offer any credible and substantiated explanation for the whereabouts and fate of the applicant’s son after he was detained in the village and that no meaningful investigation was conducted into the applicant’s insistence that he was in detention and that she was concerned for his life. They have failed to discharge their responsibility to account for him and it must be accepted that he has been held in

¹³ *Caso Kurt c. Turquía*, solicitud núm. 24276/94, sentencia de 25 de mayo de 1998.

¹⁴ (*el Tribunal es de la opinión de que las afirmaciones de la demandante que el Estado demandado ha incumplido su obligación de proteger la vida de su hijo en las circunstancias descritas pueden para ser evaluado desde el punto de vista del artículo 5 de la Convención*). *Ibíd.*, párrafo 109. La formula, párrafo 117, es idéntica respecto al artículo 3.

unacknowledged detention in the complete absence of the safeguards contained in Article 5”¹⁵.

Consecuencia de lo anterior fue también la conclusión de que había existido una violación del artículo 13 del CEDH¹⁶, siendo que en esta seminal decisión, el TEDH también indicó algo que después desarrollaría en mayor detalle; a saber: que la prolongada angustia y sufrimiento padecidos por la demandante, madre del desaparecido, supuso además una violación del artículo 3 del CEDH respecto a ella misma¹⁷.

En lo sustantivo, esta primera construcción del TEDH se mantendría inalterada en las inmediatas decisiones posteriores de los casos *Çakici c. Turquía (GS)*¹⁸ y *Ertak c. Turquía*¹⁹; en los que aunque sí se apreció violación del artículo 2 –y el 3 en el caso *Çakici*, la razón de ello no fue un cambio de criterio jurisprudencial, sino las diferencias en los elementos de prueba con respecto al caso *Kurt*²⁰. De hecho, en *Çakici* la Gran

¹⁵ (El Tribunal subraya a este respecto que la detención no reconocida de un individuo es una completa negación de estas garantías y una violación muy grave del artículo 5. Habiendo asumido el control sobre ese individuo corresponde a las autoridades dar cuenta de su paradero. Por esta razón, el artículo 5 debe considerarse como dirigido a exigir a las autoridades que tomen las medidas efectivas para proteger contra el riesgo de desaparición, así para como para llevar a cabo una pronta y eficaz investigación ante la verosímil afirmación de que una persona ha sido detenida y no ha vuelto a ser vista desde entonces (...) el Tribunal concluye que las autoridades no han podido ofrecer una explicación creíble y justificada respecto al paradero y destino del hijo de la demandante después de que fuera detenido en el pueblo, y que no se llevó a cabo ninguna investigación significativa ante la insistencia de la demandante de que su hijo había sido detenido y estaba preocupada por su vida. Las autoridades han incumplido su responsabilidad de dar cuenta de él y debe ser aceptado que se le sometió a una detención no reconocida en ausencia completa de las garantías contenidas en el artículo 5). *Ibíd.*, párrafos 125 y 128.

¹⁶ En concreto: “Accordingly, in view in particular of the lack of any meaningful investigation, the Court finds that the applicant was denied an effective remedy in respect of her complaint that her son had disappeared in circumstances engaging the responsibility of the authorities. There has therefore been a violation of Article 13.” *Ibíd.*, párrafo 142.

¹⁷ *Ibíd.*, párrafos. 130-134.

¹⁸ Caso *Çakici c. Turquía (GS)*, solicitud núm. 23657/94, sentencia de 8 de julio de 1999.

¹⁹ Caso *Ertak c. Turquía*, solicitud núm. 20764/92, sentencia de 9 de mayo de 2000

²⁰ En el caso *Çakici c. Turquía (GS)*, como resumen: “[t]he Court has accepted above the Commission’s establishment of the facts in this case, namely, that Ahmet Çakıcı was the victim of an unacknowledged detention and serious ill-treatment. As the Commission pointed out, very strong inferences may be drawn from the authorities’ claim that his identity card was found on the body of a dead terrorist. The Court finds on this basis that there is sufficient circumstantial evidence, based on concrete elements, on which it may be concluded beyond reasonable doubt that Ahmet Çakıcı died following his apprehension and detention by the security forces.” (párrafo 85). Para más datos, véanse párrafos 81-93. En *Ertak c. Turquía*, como resumen: “[i]n the light of the fact that the Court has endorsed the Commission’s findings regarding the unacknowledged detention of the applicant’s son, the ill-treatment to which he was subjected and his disappearance in circumstances from which it could be presumed that he was now dead, the above considerations must apply *mutatis mutandis* to the instant case. It follows that the authorities

Sala se cuidó especialmente de subrayarlo en los siguientes términos: “[t]his case is therefore to be distinguished from the Kurt case (...), in which the Court examined the applicant’s complaints about the disappearance of her son under Article 5. In the Kurt case, although the applicant’s son had been taken into detention, no other elements of evidence existed as regarded his treatment or fate subsequent to that”²¹. De otro lado, también en el *caso Çakici* quedaría establecida una serie de criterios específicos que permitirán determinar si respecto a los familiares del desaparecido ha existido también una violación del artículo 3 del CEDH; criterios que prácticamente se mantendrán ya desde entonces y hasta la actualidad, y que podemos resumir en la concurrencia de circunstancias como: un estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber demandado información sobre la suerte del desaparecido, y singularmente la ausencia de reacción y/o respuesta, y la actitud consiguiente de las autoridades estatales competentes ante tal/es demanda/s²². A ello cabrá agregar algunas adiciones posteriores, como las relativas a los supuestos en que tras la desaparición se produce el descubrimiento del cadáver, en los que se ha valorado también el tiempo transcurrido hasta la aparición del cuerpo²³, en función incluso de si se recuperaron en todo o en parte los restos de la persona desaparecida²⁴.

were under an obligation to conduct an effective and thorough inquiry into the disappearance of the applicant's son” (párrafo 135). En mayor detalle, párrafos 123-135.

²¹ (*este caso debe por tanto distinguirse del caso de Kurt (...), en el cual el Tribunal examinó las quejas de la demandante sobre la desaparición de su hijo bajo el artículo 5. En el caso de Kurt, aunque el hijo de la demandante había sido detenido, no existía ningún otro elemento de prueba respecto al tratamiento que recibió o su posterior destino*). *Caso Çakici c. Turquía (GS)*, párrafo 85.

²² *Caso Çakici c. Turquía (GS)*, párrafo 98.

²³ A modo de ejemplo ilustrativo, en el *caso Gongadze c. Ucrania*, se sostuvo: “[i]n the instant case the Court notes that the applicant's husband disappeared in September 2000 and that, according to the applicant, it was only in March 2003 that she received convincing information that the decapitated body that had been found in Tarashcha in November 2000 was that of her husband. In the meantime, the applicant had received numerous contradictory statements from the authorities about his fate. In particular, in December 2000 the Prosecutor General announced that the Tarashcha corpse was not Mr Gongadze; on 10 January 2001 the Prosecutor General publicly announced that it was highly probable that the corpse was Mr Gongadze and, at the same time, announced that there were witnesses who had seen Mr Gongadze alive after his disappearance; three days later the GPO informed the applicant that there was no evidence that the corpse was Mr Gongadze; and a fortnight later the applicant was recognised as an aggrieved party because there was enough evidence to believe that the Tarashcha corpse was that of her late husband. This situation of uncertainty continued, with the result that, having raised doubts as to the identity of the Tarashcha corpse, and therefore the fate of the applicant's husband, the State authorities at the same time constantly refused to grant the applicant full access to the relevant material in the case file. Only in August 2005 was the applicant allowed access to the file. In September 2005 the GPO announced that the latest DNA test conducted in Germany proved that the body found in Tarashcha was that of the applicant's husband. 186. The Court finds that the attitude of the investigating authorities towards the applicant and her family clearly caused her serious suffering which amounted to degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention. It concludes, therefore, that there has been a

No obstante, sin haber transcurrido ni un año desde la sentencia del *caso Çakici*, en *Tímurtas c. Turquía*²⁵ el TEDH daría un paso ciertamente significativo, en el que al tiempo que dijo mantenerse dentro de lo establecido en *Kurt*, en realidad dió un giro al modo de entender el sentido y contenido del artículo 2 del CEDH. En concreto se afirmó entonces:

“There are also a number of elements distinguishing the present case from the Kurt case, in which the Court held that there were insufficient persuasive indications that the applicant's son had met his death in custody (...). In the first place, six and a half years have now elapsed since Abdulvahap Timurtaş was apprehended and detained – a period markedly longer than the four and a half years between the taking into detention of the applicant's son and the Court's judgment in the Kurt case. Furthermore, whereas Üzeyir Kurt was last seen surrounded by soldiers in his village, it has been established in the present case that Abdulvahap Timurtaş was taken to a place of detention – first at Silopi, then at Şırnak – by authorities for whom the State is responsible. Finally, there were few elements in the Kurt case file identifying Üzeyir Kurt as a person under suspicion by the authorities, whereas the facts of the present case leave no doubt that Abdulvahap Timurtaş was wanted by the authorities for his alleged PKK activities (...). In the general context of the situation in south-east Turkey in

violation of this provision.” *Caso Gongadze c. Ucrania*, solicitud núm. 34056/02, sentencia de 8 de noviembre de 2005, párrafos 185-186.

²⁴ Al respecto, en el *caso Khadzhiyev y otros c. Rusia*, se argumentó como sigue: “The Court observes that Ramzan and Rizvan Khadzhiyev were abducted on 15 December 2002. Their remains were found on 19 December 2002, that is, four days later. The Court is not persuaded that in the present case there was a distinct long-lasting period during which the applicants sustained uncertainty, anguish and distress characteristic to the specific phenomenon of disappearances (...). Nonetheless, in order to decide whether there has been a violation of Article 3 of the Convention in respect of the applicants, the Court deems it necessary to pay attention to the following. Ramzan and Rizvan Khadzhiyev's corpses were dismembered and decapitated. Only some of their fragments were discovered, while the missing parts have not been found to date. For almost six years the applicants have been unable to bury the dead bodies of their loved ones in a proper manner, which in itself must have caused their profound and continuous anguish and distress. The Court thus considers in the specific circumstances of this case the moral suffering endured by the applicants has reached a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of a serious human-rights violation (...). 122. In view of the above, the Court finds that there has been a breach of Article 3 of the Convention in respect of the applicants.” *Caso Khadzhiyev y otros c. Rusia*, solicitud núm. 3013/04, sentencia de 6 de noviembre de 2008, párrafos 121-122.

²⁵ *Caso Tímurtas c. Turquía*, solicitud núm. 25531/94, sentencia de 13 de junio de 2000.

1993, it can by no means be excluded that an unacknowledged detention of such a person would be life-threatening”²⁶.

De este modo, factores como el tiempo transcurrido, el porqué y cómo de su detención, así como el “contexto general” que rodeaba a los hechos en cuestión, literalmente: “... gives rise to issues which go beyond a mere irregular detention in violation of Article 5. Such an interpretation is in keeping with the effective protection of the right to life as afforded by Article 2, which ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention”²⁷. Así las cosas, la conclusión a extraer no es que para el TEDH una desaparición forzada no supusiera una violación particularmente grave del derecho a la libertad y seguridad personales garantizado por el artículo 5 del CEDH²⁸, sino que además y con esos nuevos criterios ciertamente más flexible, conllevará además una amenaza para la vida-violación del artículo 2, tanto en su dimensión sustantiva como procesal²⁹. Respecto a esto último, y es importante referirlo, ya en los siguientes términos específicos: “... the Court finds that the investigation carried out into the disappearance of the applicant's son was inadequate and therefore in breach of the State's procedural obligations to protect the right to life. There has accordingly been a violation of Article 2 of the Convention on this account also”³⁰.

²⁶ *(También hay varios elementos que distinguen el caso presente del caso de Kurt, en el cual el Tribunal mantuvo que había no había pruebas suficientes para concluir que el hijo de la demandante muerto en custodia (...). En primer lugar, seis años y medio han pasado ahora desde que Abdulvahap Timurtaş fue arrestado y detenido – un período marcadamente más largo que los cuatro años y medio entre la detención del hijo de la demandante y la decisión del Tribunal en el caso de Kurt. Además, mientras que Üzeyir Kurt fue visto por última vez rodeado por soldados en su pueblo, se ha establecido en el caso presente que Abdulvahap Timurtaş fue llevado a un lugar de detención – primero en Silopi, luego en Şırnak – por agentes de cuya conducta el Estado es responsable. Finalmente, había pocos elementos en el caso Kurt que identificasen a Üzeyir Kurt como una persona bajo la sospecha de las autoridades, mientras que los hechos del presente caso no dejan duda de que Abdulvahap Timurtaş era buscado por las autoridades para sus presuntas actividades en el PKK (...). En el contexto general de la situación del sudeste de Turquía en 1993, no se puede de ningún modo excluir que una detención no reconocida de tal persona supusiera una amenaza para su vida). Ibid., párrafo 85.*

²⁷ *(da lugar a cuestiones que van más allá de una mera detención irregular en violación del artículo 5. Tal interpretación es acorde con la protección efectiva del derecho a la del artículo 2, que supone una de las disposiciones fundamentales de la Convención). Ibid., párrafo 83.*

²⁸ *Ibid., párrafo 106.*

²⁹ *Ibid., párrafos 86 y 90.*

³⁰ *(el Tribunal concluye que la investigación realizada de la desaparición del hijo de la demandante fue inadecuada y por lo tanto supuso el incumplimiento de las obligaciones procesales del Estado respecto al derecho a la vida. Hubo en consecuencia una violación del artículo 2 de la Convención en esta dimensión también). Ibid., párrafo 90.*

Esta configuración se vería inmediatamente ratificada en múltiples decisiones posteriores, como los casos *Taş c. Turquía*³¹, *Çiçek c. Turquía*³², *Orhan c. Turquía*³³, *İpek c. Turquía*³⁴, *Akdeniz c. Turquía*³⁵ o *Imakayeva c. Rusia*³⁶. Ahora bien, llegado 2006 comenzó a tomar cuerpo una nueva aproximación general acerca del contenido de la obligación procesal de investigar del artículo 2 del CEDH³⁷ que tendría un momento clave en la posterior decisión de la Gran Sala en el *caso Šilih c. Eslovaquia (GS)*³⁸, y que el ya citado *caso Varnava* daría de un nuevo y final contenido a lo que ya apuntó en un caso resuelto en mayo de 2001 –que precisamente por ello, hemos omitido de la enumeración anterior. En efecto, en el *caso Chipre c. Turquía (GS)*³⁹, el TEDH tras señalar que aunque no hubiera pruebas de que una persona desaparecida hubiera sido ejecutada, la obligación procesal del artículo del 2 del CEDH también se activa cuando un individuo fue visto por última vez bajo custodia de agentes del Estado y posteriormente desapareció en el marco de un contexto que puede entenderse como de peligro para su vida⁴⁰, utilizó en varias oportunidades una fórmula que ejemplificaremos con esta cita: “... the Court concludes that there has been *a continuing violation of Article 2 on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation aimed at clarifying the whereabouts and fate of Greek-Cypriot missing persons who disappeared in life-threatening circumstances*”⁴¹.

Llegados así al año 2009, y también en el seno de un caso en el que la desaparición forzada había comenzado antes de la fecha crítica⁴², la Gran Sala confirmó

³¹ *Caso Taş c. Turquía*, solicitud núm. 24396/94, sentencia de 14 de noviembre de 2000.

³² *Caso Çiçek c. Turquía*, solicitud núm. 25704/94, sentencia de 27 de febrero de 2001.

³³ *Caso Orhan c. Turquía*, solicitud núm. 25656/94, sentencia de 18 de julio de 2002.

³⁴ *Caso İpek c. Turquía*, solicitud núm. 25760/94, sentencia de 17 de febrero de 2004.

³⁵ *Caso Akdeniz c. Turquía*, solicitud núm. 25165/94, sentencia de 31 de mayo de 2005.

³⁶ *Caso Imakayeva c. Rusia*, solicitud núm. 7615/02, sentencia de 9 de noviembre de 2006.

³⁷ Sin poder remontarnos al conjunto de referencias posibles, que de hecho nos habría de llevar hasta como mínimo el *caso De Becker c. Bélgica* (solicitud núm. 214/56, decisión sobre admisibilidad de 9 de junio de 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Right* 1958-1959), en lo aquí apuntado véase *caso Blečić c. Croacia (GS)*, solicitud núm. 59532/00, sentencia de 8 de marzo de 2006, en especial párrafos 77-92.

³⁸ *Caso Šilih c. Eslovenia (GS)*, solicitud núm. 71463/01, sentencia de 9 de abril de 2009.

³⁹ *Caso Chipre c. Turquía (GS)*, solicitud núm. 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001.

⁴⁰ *Ibíd.*, párrafo 132.

⁴¹ (el Tribunal concluye que ha habido una violación continuada del artículo 2 por la negativa de las autoridades del Estado demandado de llevar a cabo una investigación efectiva encaminada a esclarecer el paradero y destino de los desaparecidos grecochipriotas, que desaparecieron en circunstancias que suponían una amenaza para sus vidas). *Ibíd.*, párrafo 136. La cursiva de la cita es nuestra.

⁴² En lo que aquí ocupa, con el general concepto de “fecha crítica” nos referimos a la dimensión utilizada por el mismo TEDH; esto es: “... the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the

tanto la (indiscutible) naturaleza de la desaparición forzada como hecho internacionalmente ilícito continuado que es, como el carácter autónomo, independiente y continuado de la obligación procesal de investigar del artículo 2, a través de una argumentación que en lo que aquí nos ocupa ha de reproducirse:

“The Court would emphasise that, as found in *Šilih* (...) concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the IACHR, and to some extent the HRC, apply the same approach to the procedural aspect of disappearances (...), examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction.

148. There is, however, an important distinction to be drawn in the Court’s case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (...). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim’s relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an “instantaneous” act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation (...). This is so, even where death may, eventually, be presumed”⁴³.

entry into force of the Convention with respect to that Party or, as the case may be, prior to the entry into force of Protocol 11, before the date on which the respondent Party recognized the right of individual petition, when this recognition was still optional (“the critical date”).” *Caso Šilih c. Eslovenia (GS)*, párrafo 140. En relación con el *caso Varnava*, los hechos se referían a la desaparición forzada de varias personas durante una operación del ejército turco en el norte de Chipre en los meses de julio y agosto de 1974; siendo que Turquía había manifestado su consentimiento en obligarse por el CEDH el 18 de mayo de 1954, pero no fue hasta el 28 de enero de 1987 cuando aceptaría la competencia (entonces de la Comisión) respecto a demandas individuales.

⁴³ (El Tribunal enfatiza que, con base en lo mantenido en *Šilih* respecto de la obligación procesal bajo el artículo 2 de investigar muertes ilegales o sospechosas, la obligación procesal bajo el artículo 2 que surge en relación con las desapariciones opera de manera independiente de la obligación sustantiva. La Corte Interamericana, y hasta cierto punto el Comité de Derechos Humanos, aplican el mismo enfoque al

En un orden de ideas paralelo, el TEDH subrayó también que tratándose de una desaparición forzada, esta obligación procesal de investigar no puede finalizar con el mero descubrimiento del cuerpo o la presunción de la muerte, ya que ello sólo esclarece un aspecto de la suerte de la persona desaparecida, subsistiendo en consecuencia una obligación de explicar la desaparición, así como de identificar y perseguir a sus posibles autores⁴⁴. Especificando así mismo, que: “... even though a lapse of over thirty-four years without any news of the missing persons may provide strong circumstantial evidence that they have died meanwhile, this does not remove the procedural obligation to investigate”⁴⁵.

Así las cosas, si como hemos visto en *Kurt* la atención prioritaria, prácticamente exclusiva, dirigía las desapariciones forzadas hacia el contenido del artículo 5 del CEDH, sin lugar a duda ya en *Varnava* –y hasta la fecha, la referencia principal será lo dispuesto en el artículo 2, en el sentido y contenido ya explicitados. De hecho, en lo que se refiere al derecho a la libertad y seguridad personales, el razonamiento del Tribunal fue el que sigue:

“The Court notes that it has found above that there was a prima facie or arguable case that two of the men were last seen in circumstances falling within the control of the Turkish or Turkish Cypriot forces, namely, Eleftherios Thoma and Savvas Hadjipanteli who were included on ICRC lists as detainees (...). They have not been seen since. However, the Turkish authorities have not

aspecto procesal de las desapariciones (...) cuando examinan alegaciones de denegación de justicia o falta de protección judicial incluso cuando la desaparición ocurrió antes del reconocimiento de su jurisdicción. Hay, no obstante, una importante diferencia que debe extraerse de la jurisprudencia del Tribunal entre la obligación de investigar cuando ha habido la sospecha de una muerte y la obligación de investigar cuando ha habido la sospecha de una desaparición. Una desaparición es un fenómeno distinto, caracterizado por una situación continuada de incertidumbre y de falta de responsabilidad en la que se da una falta de información o incluso una ocultación deliberada y confusión sobre lo ocurrido (...). Esta situación frecuentemente se extiende en el tiempo, prolongando el tormento de los familiares de la víctima. Por ello, no puede decirse que una desaparición es, simplemente, un acto o evento instantáneo; el elemento adicional y distintivo de la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a una situación continuada. Por tanto, la obligación procesal persiste, potencialmente, todo el tiempo que continúa sin aclararse la suerte de la persona; la continuada ausencia de investigación debida se considerará una violación continuada (...). Esto es así, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse). Caso Varnava y otros c. Turquía (GS), párrafos 147-148.

⁴⁴ *Ibíd.*, párrafo 145.

⁴⁵ *(incluso cuando el transcurso de un lapso de tiempo de más de 34 años sin ninguna noticia de las personas desaparecidas puede suponer una prueba circunstancial importante de que las personas han podido morir, esto no elimina la obligación procesal de investigar). Ibíd.*, párrafo 146.

acknowledged their detention; they have not provided any documentary evidence giving official trace of their movements. The Court notes the patent disregard of the procedural safeguards applicable to the detention of persons. While there is no evidence that any of the missing persons were still in detention in the period under the Court's consideration, it remains incumbent on the Turkish Government to show that they have since carried out an effective investigation into the arguable claim that the two missing men had been taken into custody and not seen subsequently (...). The Court's findings above in relation to Article 2 leave no doubt that the authorities *have also failed to conduct the requisite investigation in that regard. This discloses a continuing violation of Article 5*"⁴⁶.

Respecto al artículo 3 del CEDH, el TEDH tras destacar que el fenómeno de las desapariciones forzadas impone una carga particular para los familiares de la persona desaparecida, que se mantienen en la ignorancia de la suerte de su ser querido y sufren la angustia de la incertidumbre⁴⁷, no se separó de lo que ya hemos expuesto⁴⁸; siendo que en lo relativo al resto de artículos invocados, indicó lo siguiente:

“The applicants originally relied on Articles 4 (prohibition of slavery and forced labour), 6 (right to fair trial), 8 (right to respect for family and private life), 10 (freedom of expression), 12 (the right to marry and found a family), 13 (effective remedy for arguable Convention breaches) and 14 (prohibition of discrimination in enjoyment of Convention rights). In their most recent submissions, they have maintained their complaints on the above, save for Article 4.

⁴⁶ (El Tribunal hace notar que ha encontrado anteriormente que había un caso en que *prima facie* dos de los hombres fueron vistos por última vez en circunstancias bajo el control de las fuerzas turco o turcochipriota, a saber, Eleftherios Thoma y Savvas Hadjipanteli que fueron incluidos en las listas del ICRC como detenidos (...). Ellos no vuelto a ser visto desde entonces. Sin embargo, las autoridades turcas no han reconocido su detención; no han proporcionado evidencia documental sobre el seguimiento oficial de sus movimientos. El Tribunal observa el patente desprecio de las garantías procesales aplicables a la detención de personas. Mientras que no hay ninguna evidencia de que alguno de los desaparecidos estaban todavía en detención en el período bajo consideración del Tribunal, sigue correspondiendo en el gobierno turco demostrar que ha realizado desde entonces una investigación eficaz sobre la verosímil alegación de que los dos hombres desaparecidos habían sido tomados en custodia y no dejados a ver (...). Los hallazgos y conclusiones anteriores del Tribunal en relación con el artículo 2 no dejan ninguna duda de que las autoridades tampoco han llevado a cabo la investigación necesaria a ese respecto. Esto revela una violación continuada del artículo 5). *Ibíd.*, párrafo 208. La cursiva de la cita es nuestra.

⁴⁷ *Ibíd.*, párrafo 200.

⁴⁸ Véanse, *ibíd.*, párrafos 200-202.

211. Having regard to the facts of the case, the submissions of the parties and its findings under Articles 2, 3 and 5 of the Convention, the Court considers that it has examined the main legal questions raised in the present application and that there is no need to give a separate ruling on the applicants' remaining complaints"⁴⁹.

Inciendo pues especialmente en el artículo 2 del CEDH, si en lo sustantivo la definición general y caracterización concreta que hemos resumido es a mi entender acertada, ello se acompañó de una construcción adicional respecto a la competencia temporal del TEDH que por el contrario, a mi juicio no puede compartirse. En efecto, en este punto el Tribunal, aunque recordó que se ha mantenido que el plazo previsto en el artículo 35.1 del CEDH⁵⁰ no es aplicable a los hechos continuados, en tanto que sólo comienza a correr el cómputo de los seis meses cuando la situación cesa⁵¹ -como sin ir más lejos, había sostenido la misma Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Chipre c. Turquía*⁵², a renglón seguido señalaría que: "... where disappearances are concerned, applicants cannot wait indefinitely before coming to Strasbourg. They must make proof of a *certain amount of diligence* and initiative and introduce their complaints without *undue delay*"⁵³. Y en atención a ello, concluyó que una demanda debe ser rechazada por extemporánea cuando ha habido un excesivo retraso por parte de los demandantes una vez que han tenido conocimiento, o debido tener conocimiento, de

⁴⁹ (Los demandante originalmente alegaron la violación de los artículos 4 (prohibición de la esclavitud y trabajos forzados), 6 (derecho a un juicio justo), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión), 12 (el derecho a casarse y fundar una familia), 13 (recursos eficaces para violaciones de la Convención) y 14 (prohibición de discriminación). En sus presentaciones más recientes, han mantenido sus quejas sobre el anterior, excepto para respecto del artículo 4. 211. Teniendo en cuenta los hechos del caso, lo mantenido por las Partes y las conclusiones bajo los artículos 2, 3 y 5 de la Convención, el Tribunal considera que ha examinado las principales cuestiones jurídicas planteadas en la presente demanda y que no hay necesidad de ofrecer una decisión independiente acerca de las reclamaciones restantes de los demandantes). *Ibíd.*, párrafos 210-211.

⁵⁰ "Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva."

⁵¹ *Ibíd.*, párrafo 159. La cursiva de la cita es nuestra.

⁵² En concreto: "... the Commission reiterates its findings in the decision on the admissibility of Application No. 8007/77 according to which, on the one hand, in the absence of remedies, the six months period must be counted as from the act or decision which is alleged to be in violation of the Convention, but on the other hand, it does not apply to a permanent state of affairs which is still continuing...". Decisión sobre admisibilidad de la Comisión Europea de 28 de junio de 1996, solicitud núm. 25781/94, páginas 60-61.

⁵³ (... en casos de desaparición forzada los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de acudir al Estrasburgo. Deben demostrar cierta diligencia e iniciativa y presentar sus demandas sin dilación indebida). *Caso Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párrafo 161.

que no se había iniciado una investigación o que la investigación estaba inactiva o había llegado a ser ineficaz⁵⁴.

En consecuencia, la cuestión inmediata podría resumirse en cuándo pudiera afirmarse que ha llegado el momento en que los familiares debieron darse cuenta de que no habría, ni habrá, una investigación efectiva. Sobre ello, el TEDH sostendría que en situaciones complejas, como la del caso –contexto de un conflicto internacional, en las que se alega que ni se está llevando a cabo ninguna investigación ni existen verdaderos contactos con las autoridades, cabe esperar que los familiares presenten la demanda, como mucho, “several years” después del inicio de la desaparición⁵⁵. Sin embargo, si se ha producido algún tipo de investigación, aunque sea de forma esporádica, los familiares pueden razonablemente esperar “some years longer” hasta que las esperanzas de progreso de la investigación hayan desaparecido completamente⁵⁶. Pero de cualquier modo, cuando hubieran transcurrido “more than ten years”⁵⁷ los demandantes generalmente tendrán que demostrar que se había alcanzado algún avance concreto que justifique un mayor “retraso” en acudir al TEDH. Esta última cifra es lo que, a mi entender, con acierto denominó el Juez Sajó en su voto concurrente en el *caso Er y otros c. Turquía* como la “cifra mágica” de los diez años⁵⁸; cuyo sustento, así como de todo lo anterior, creo que sólo cabe situar en cierta consideración acerca de lo que se entiende como el funcionamiento práctico y eficaz del sistema de la Convención, por recordar la frase que se avanzara en la sentencia de Sala en el *caso Varnava y otros*⁵⁹. Ello así en tanto que es evidente que la construcción referida tiene un encaje más que complicado dentro de la teoría general sobre hechos internacionalmente ilícitos continuados y competencia *ratione temporis*; aspecto sobre el que aunque no podemos detenernos con el detalle necesario, conviene al menos recordar las siguientes palabras del Relator Especial Roberto Ago: “... la determinación del tiempo de la violación puede ser decisiva a efectos de establecer la competencia del tribunal (...). [S]i se trata de un hecho continuado que comenzó antes de la fecha a partir de la cual se aceptó la

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 165.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 166.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Caso Er y otros c. Turquía*, solicitud núm. 23016/04, sentencia de 31 de julio de 2012, página 25.

⁵⁹ Literalmente: “the practical and effective functioning of the Convention system”. *Caso Varnava y otros c. Turquía*, solicitudes núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, sentencia de 10 de enero de 2008, párrafo 117.

competencia del tribunal⁶⁰ (...) parecería ilógico negar esa competencia si el hecho continuado se considera perpetrado durante todo el período comprendido entre el comienzo del comportamiento estatal y su término. En efecto, nadie duda de que, al menos respecto de una parte de la duración de su existencia, el hecho de que se trate sería un hecho “posterior” al punto de partida de la competencia del tribunal⁶¹. Y así que en mi opinión, frente a la posición mayoritaria del TEDH fuese más que oportuno el recordatorio expreso que realizaron los Jueces Ziemele, Spielman y Power del contenido del artículo 14.2⁶² del Proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado⁶³.

En todo caso y en resumen, a partir de la decisión de la Gran Sala en el caso *Varnava*, la posición del TEDH podría condensarse en el encuadre de la desaparición forzada principalmente, aunque no sólo, dentro del artículo 2 del CEDH; con la expresa consideración de la existencia de una obligación autónoma e independiente de explicar la suerte y el paradero de la persona desaparecida que se mantendrá en el tiempo hasta que tal cosa no ocurra, pero añadiendo que sobre la misma sólo se auto-considerará competente en algunos casos.

Consecuencia directa de lo anterior fue la inmediata inadmisión de cincuenta demandas presentadas contra Turquía por desapariciones forzadas⁶⁴, pauta que se ha mantenido igualmente en el tiempo⁶⁵ alcanzando a varias demandas contra España⁶⁶. El argumento, en lo aquí ocupa y en todos los casos, valga resumirlo acudiendo

⁶⁰ Véase *supra* nota 42.

⁶¹ Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/307 Y ADD.I Y 2, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1978, volumen II (primera parte), página 41.

⁶² “La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”.

⁶³ *Caso Varnava y otros c. Turquía (GS)*, páginas. 68, 72-73.

⁶⁴ Solicitud núms. 43422/04, 4568/05, 4577/05, 4613/05, 4617/05, 4630/05, 4636/05, 4638/05, 4687/05, 4711/05, 4821/05, 4829/05, 4834/05, 4844/05, 4847/05, 4888/05, 4891/05, 4896/05, 4901/05, 4920/05, 4927/05, 4931/05, 4936/05, 4947/05, 4983/05, 5030/05, 5039/05, 5044/05, 5077/05, 6631/05, 26541/05, 26557/05, 26562/05, 26566/05, 26569/05, 26610/05, 26612/05, 26634/05, 26666/05, 26670/05, 38948/05, 45653/06, 11457/07, 30881/08, 37368/08, 46369/08, 54060/08, 521/09 y 43094/09, decisión sobre admisibilidad de 1 de diciembre de 2009.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, casos *Anastasia Inoannou Iacovou y otros c. Turquía*, solicitudes núms. 24506/08, 24730/08, 60758/08, decisión sobre admisibilidad de 5 de octubre de 2010; *Charalambous y otros c. Turquía*, solicitud núms. 46744/07 y otras (28), decisiones de 1 de junio de 2010 (principalmente) y de 3 de marzo de 2012.

⁶⁶ Véanse casos *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, solicitud núm. 301410/09, decisión sobre admisibilidad de 27 de marzo de 2012, y *Canales Bermejo c. España*, solicitud núm. 56264/12, decisión sobre admisibilidad de 8 de noviembre de 2012.

precisamente a lo mantenido en relación con nuestro país en el *caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*; a saber:

“... even assuming that the applicants’ case is a disappearance case and that the alleged violation is of a continuing nature (in the light of *Varnava and Others*, (...), the applicants’ complaint is in any event inadmissible for the following reasons. The Court has already held that applicants cannot wait indefinitely before bringing an application before it (...). Indeed, with the lapse of time, memories of witnesses fade, witnesses may die or become untraceable, evidence deteriorates or ceases to exist, and the prospects that any effective investigation can be undertaken will increasingly diminish; and the Court’s own examination and judgment may be deprived of meaningfulness and effectiveness. Applicants must therefore make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without undue delay. (...)

39. In the present case, the Court notes that the disappearance occurred during an internal conflict. Although the Court is aware of the difficulties for the applicants to bring their complaints before the domestic courts even after the end of the Franco regime, having regard to the Amnesty Law of 1977, this did not discharge them from the duty to display due diligence and to bring their case before the Court without undue delay. The Court observes that the right of individual petition became applicable to Spain on 1st July 1981. Having regard to the fact that in the following years there were no official investigations concerning the circumstances of the disappeared person, it must have been apparent to the applicants that there was not any realistic hope of progress in either finding the body or accounting for the fate of their missing relative in the near future. However, the second applicant brought a criminal complaint before the domestic courts concerning the abduction and possible murder of her father, Mr Dorado Luque, only in 2006, that is, twenty-five years after the availability of the right of individual petition before the Court; and the application to this Court has not been introduced until the 1st of June 2009, that is, almost twenty-eight years after that date and seventy-three years after the disappearance. Therefore, it must be concluded that the applicants did not display the diligence

required to comply with the requisites derived from the Convention and the case-law of the Court concerning disappearances”⁶⁷.

Sin reiterar mi disconformidad con esta solución, y siendo imposible detenernos en los perfiles propios del caso y del resto de argumentos del Tribunal, conviene acabar haciendo una final referencia al ya citado *caso Janowiec y otros c. Rusia* (Sala y Gran Sala), en el que se abordaron algunos de los hechos ocurridos en el tristemente célebre bosque de Katyń⁶⁸. Si bien, es importante destacar que en realidad, en este caso pese a que el TEDH reconoció expresamente que sólo tres de los familiares de los demandantes habían sido encontrados⁶⁹, prácticamente desde el comienzo y hasta el final su perspectiva fue la propia a considerar los hechos, no como desapariciones forzadas sino como muertes. En consecuencia, no entraremos aquí en el que probablemente haya sido el asunto de más interés de estas decisiones, esto es, la en mi opinión restrictiva configuración que se mantuvo respecto a la posibilidad de que el vínculo de activación de la competencia del Tribunal se encontrase en la necesidad de asegurar las garantías y los valores en los que se funda el CEDH, tal y como quedó

⁶⁷ (... incluso asumiendo que el caso de los demandantes y que la alegada violación del Convenio sea de carácter continuado (a la luz de *Varnava y otros*, (...), la queja de los demandantes es, en todo caso, inadmisibile por las razones siguientes. El Tribunal ha sostenido que los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de presentar una demanda ante él (...). De hecho, con el paso del tiempo, la memoria de los testigos se desvanece, los testigos pueden morir o ser ilocalizables, las pruebas se deterioran o pierden, y las perspectivas de que pueda ser emprendida cualquier investigación eficaz disminuye cada vez más; y el propio enjuiciamiento y la sentencia del Tribunal puede quedar privados de sentido y eficacia. Los demandantes deben, por tanto, probar una cierta diligencia e iniciativa y presentar sus quejas sin una indebida delación. (...) 39. En el presente caso, el Tribunal observa que la desaparición ocurrió durante un conflicto interno. Aunque el Tribunal sea consciente de las dificultades de los demandantes para presentar sus quejas antes los tribunales nacionales, incluso después del final del régimen de Franco, teniendo en cuenta la Ley de Amnistía de 1977, ésta no les exime del deber de actuar con la debida diligencia para presentar su caso ante el Tribunal sin dilaciones indebidas. El Tribunal observa que el derecho de demanda individual es aplicable a España desde el 1 de julio de 1981. Teniendo en cuenta el hecho que en los años siguientes no hubo ninguna investigación oficial sobre las circunstancias de la persona desaparecida, debió haber sido evidente para los demandantes que no había ninguna esperanza realista de que en un futuro cercano progresara tanto la localización del cuerpo como la determinación de la suerte de su pariente. Sin embargo, hasta el año 2006 la segunda demandante no presentó una denuncia penal ante los tribunales nacionales en relación con el secuestro y posible asesinato de su padre, D. Luis Dorado Luque, es decir, veinticinco años después de que el derecho de demanda individual ante el Tribunal pudiera ser ejercido; y la demanda ante el Tribunal no se ha presentado hasta el 1 de junio de 2009, es decir, casi veintiocho años después de dicha fecha, y setenta y tres años después de la desaparición. Por lo tanto, debe concluirse que los demandantes no mostraron la debida diligencia para cumplir con los requisitos que se derivan del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal en relación con desapariciones). *Caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, párrafos 37 y 39.

⁶⁸ En cuanto a la fecha crítica en este caso, como se recogerá *infra* la misma se corresponde con el 5 de mayo de 1998.

⁶⁹ *Caso Janowiec y otros c. Rusia*, párrafo 136.

dicho en el *caso Šilih*⁷⁰; pero sí es preciso anotar que aunque en la sentencia de Sala el Tribunal se declaró incompetente *ratione temporis* respecto al artículo 2 del CEDH, en relación con el 3 sostuvo que:

“The scope of the State’s obligation under Article 3 is significantly larger than an acknowledgement of the fact of death. Even though the State is not legally responsible for the death or disappearance, Article 3 requires it to exhibit a compassionate and respectful approach to the anxiety of the relatives of the deceased or disappeared person and to assist the relatives in obtaining information and uncovering relevant facts. (...)

... the Court finds that the applicants were left to bear the brunt of the efforts to uncover any facts relating to the manner in which their relatives died, whereas the Russian authorities demonstrated a flagrant, continuous and callous disregard for their concerns and anxieties. The Court therefore considers that the manner in which the applicants’ enquiries have been dealt with by the Russian authorities has attained the minimum level of severity to be considered inhuman treatment within the meaning of Article 3 of the Convention”⁷¹.

Esta novedosa construcción fue reexaminada por la Gran Sala, llegando a una conclusión sustancialmente diferente. Así, aunque volviera a considerar los hechos esencialmente como muertes, el TEDH reiteraría que la esencia de la cuestión relativa al artículo 3 no reside tanto en la grave violación de los derechos humanos de la persona desaparecida (“missing person”), sino en las despectivas o desdeñosas (“dismissive”) reacciones y actitudes de las autoridades rusas con respecto a esa situación cuando fue traída a su atención⁷²; pero para a renglón seguido destacar que en interés de la

⁷⁰ *Caso Šilih c. Eslovenia (GS)*, párrafo 163.

⁷¹ *(El alcance de la obligación del Estado respecto al artículo 3 es significativamente más amplia que el reconocimiento del hecho de la muerte. Aunque el Estado no es legalmente responsable de la muerte o desaparición, el artículo 3 requiere mostrar una actitud y comportamiento respetuoso y compasivo ante la ansiedad de los familiares de la persona fallecida o desaparecida, así como para ayudar a los familiares a obtener información y descubrir los hechos. (...) el Tribunal considera que los demandantes fueron abandonados teniendo que llevar la peor parte de los esfuerzos para descubrir los hechos relativos a la forma en que sus parientes murieron, mientras que las autoridades rusas demostraron un desprecio flagrante, continuo e insensible por sus preocupaciones y ansiedades. Por lo tanto, este Tribunal entiende que la manera en que las investigaciones de los demandantes han sido tratadas por las autoridades rusas ha alcanzado el nivel mínimo de gravedad como para ser considerado trato inhumano en el sentido del artículo 3 de la Convención). Caso Janowiec y otros c. Rusia*, párrafos 163 y 166.

⁷² *Caso Janowiec y otros c. Rusia (GS)*, párrafo 178.

seguridad jurídica, la previsibilidad y la igualdad ante la ley, no podía apartarse de sus propios precedentes sin razones de peso⁷³. Concluyendo finalmente que:

“As regards the instant case, the Court’s jurisdiction extends only to the period starting on 5 May 1998, the date of entry into force of the Convention in respect of Russia. The Court has found above that as from that date, no lingering uncertainty as to the fate of the Polish prisoners of war could be said to have remained. Even though not all of the bodies have been recovered, their death was publicly acknowledged by the Soviet and Russian authorities and has become an established historical fact”⁷⁴.

En lo fáctico, puede llamar la atención que afirmase esto cuando párrafos antes había sostenido expresamente que resultaba imposible identificar ningún paso o avance verdadero en la investigación después del 5 de mayo de 1998⁷⁵, además de haber recogido, sin contradecir o matizar, lo que la Sala había caracterizado literalmente como una actitud de las autoridades rusas, no sólo oprobiosa sino falta de toda humanidad⁷⁶. Pero sin poder detenernos en valoraciones adicionales, probablemente la clave que en lo que aquí nos ocupa puede explicar esta final posición del Tribunal se encuentre en que a su juicio, y tal y como insistió en varios pasajes de la sentencia, a partir de la fecha crítica, lo que inicialmente podría haber sido “un caso de desaparición” debía ser considerado un “caso de muerte confirmada”⁷⁷. La duda final bien pudiera ser entonces

⁷³ *Ibíd.*, párrafo 186.

⁷⁴ *(En relación con el presente caso, la jurisdicción del Tribunal se extiende sólo al período a partir del 5 de mayo de 1998, la fecha de entrada en vigor de la Convención con respecto a Rusia. El Tribunal ha encontrado anteriormente que a partir de esa fecha, no puede decirse que persistiera incertidumbre alguna sobre el destino de los prisioneros de guerra polacos. Aunque no todos los cuerpos han sido recuperados, su muerte fue reconocida públicamente por las autoridades soviéticas y rusas y se ha convertido en un hecho histórico establecido). Idem.*

⁷⁵ *Caso Janowiec y otros c. Rusia (GS)*, párrafo 159.

⁷⁶ En más detalle: “[i]n the post-entry into force period the applicants were denied access to the materials of the investigation or excluded from the proceedings on account of their foreign nationality. The Chamber was particularly struck “by the apparent reluctance of the Russian authorities to recognise the reality of the Katyn massacre”. While acknowledging that the applicants’ relatives had been detained as prisoners in the NKVD camps, the Russian military courts consistently avoided any mention of their subsequent execution, citing a lack of evidence to that effect from the Katyn investigation. The Chamber qualified that approach as “a callous disregard for the applicants’ concerns and deliberate obfuscation of the circumstances of the Katyn massacre”. As regards the rehabilitation proceedings, the Chamber considered that “a denial of the reality of the mass murder reinforced by the implied proposition that Polish prisoners may have had a criminal charge to answer and had been duly sentenced to capital punishment demonstrated [an] attitude *vis-à-vis* the applicants that was not just opprobrious but also lacking in humanity”. *Ibíd.*, párrafo 165.

⁷⁷ *Ibíd.*, párrafo 185. En ese mismo sentido, insiste el TEDH –en algo que parece muy próximo a una auto-justificación, en que: “[t]he magnitude of the crime committed in 1940 by the Soviet authorities is a powerful emotional factor, yet, from a purely legal point of view, the Court cannot accept it as a

la siguiente: si para el TEDH los hechos pudieran considerarse plenamente como desapariciones forzadas, ¿estaríamos ante un nuevo y último desarrollo de su jurisprudencia que dotase de nuevos perfiles o contenido al artículo 3 del CEDH respecto a los familiares de la persona desaparecida? Habrá que esperar a ver que nos depararán las próximas decisiones del Tribunal para poder resolver este último interrogante.

compelling reason for departing from its case-law on the status of the family members of “disappeared persons” as victims of a violation of Article 3 and conferring that status on the applicants, for whom the death of their relatives was a certainty. 187. The Court further finds no other special circumstances of the kind which have prompted it to find a separate violation of Article 3 in “confirmed death” cases (...).”*Ibíd.*, párrafos 186-187.