

LA COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR (ART. 2. DERECHO A LA VIDA). TEORÍA Y PRÁCTICA: DE *DE BECKER C. BÉLGICA* A *CANALES BERMEJO C. ESPAÑA*

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público
Universidad Complutense

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—2. PUNTO DE PARTIDA: MARCO GENERAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LOS TRATADOS, LOS HECHOS CONTINUADOS Y LA COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS*.—3. LA ACTUAL CONSTRUCCIÓN REALIZADA POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA OBLIGACIÓN PROCESAL DE INVESTIGAR.—3.1. La formulación de la Gran Sala en el caso *Šilih c. Eslovenia*.—3.2. La aplicación a los hechos de desaparición forzada de persona: la decisión de la Gran Sala en el caso *Varnava y otros c. Turquía*.—3.3. Del desarrollo posterior de la doctrina sentada en los casos *Šilih* y *Varnava y otros* hasta su aplicación conjunta en el caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*.—3.4. La necesidad de asegurar que las garantías y los valores en los que se funda el CEDH estén protegidos de una manera real y eficaz: el caso *Janowiec y otros c. Rusia*.—4. PUNTO DE LLEGADA: EL CASO *CANALES BERMEJO C. ESPAÑA*. VALORACIÓN FINAL.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Desde los primeros meses de 2009 y hasta el momento actual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y singularmente su Gran Sala, se ha enfrentado a una serie de casos que como denominador común presentaban una cuestión general que el mismo TEDH resumió en los siguiente términos: «*the question whether there was a continuing procedural obligation to investi-*

gate»¹. Sin ser éste un interrogante completamente novedoso², algunos años antes autores como Altiparmak habían reflexionado sobre él ofreciendo algunas conclusiones reseñables. En concreto, respecto a si la obligación de investigar podía ser considerada como una obligación independiente; señalando que en tal caso, la ausencia de investigación de un hecho *ocurrido* antes de la fecha crítica³ no podría entenderse desde los parámetros de los hechos instantáneos con efectos duraderos, sino como un hecho internacionalmente ilícito propio y continuado⁴; con todo lo que ello significa e implica.

Al margen ahora de otras consideraciones, una solución de este cariz quizá podría conllevar una notable ampliación del potencial universo de casos a atender, o cuando menos a tener que ser admitidos por el TEDH. Posibilidad que bien podría estimarse como divergente con la intención y tendencia de fondo que han dado aliento, en lo más próximo, al Protocolo 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y a las conocidas como Declaraciones de Interlaken⁵, Izmir⁶ y Brighton⁷. Esto es, en esencia y por citar el primero de ellos, tratar de acabar, o al menos revertir, «el continuo incremento del volumen de trabajo» del TEDH⁸. En otras palabras, lo que durante años y hasta la fecha ha sido común resumir como un intento de evitar que el Tribunal «muera víctima de su propio éxito»⁹; aunque en mi opinión, resulta más correcto hablar no de éxito, sino de fracaso: el de los Estados para prevenir y remediar las violaciones a los derechos reconocidos en el CEDH, en la línea mantenida

¹ 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, párr. 150.

² Para una primera visión condensada, VAN PACHTENBEKE, A. y HAECK, Y., «From de Becker to Varnava: the state of continuing situations in the Strasbourg case law», *European Human Rights Law Review*, 2010, núm. 1, pp. 47-58. Para más datos, apartados 2 y 3 de este trabajo.

³ Frente al sentido tradicional empleado en las controversias territoriales, en este trabajo el concepto de «fecha crítica» se utilizará en el sentido usado por el propio 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 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)*, solicitud núm. 71463/01, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 140.

⁴ ALTIPARMAK, K., «The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law», *Turkish Yearbook of Human Rights*, vols. 21-25, 1999-2003, pp. 3-50, en p. 50.

⁵ «High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration», 19 de febrero de 2010, en http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europaeuroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf.

⁶ «High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Izmir Declaration», 27 de abril de 2011, en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E1256FD2-DBE5-41E8-B715-4DF6D922C7B6/0/20110428_Declaration_Izmir_EN.pdf.

⁷ «High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Brighton Declaration», 20 de abril de 2012, en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8AC14EA9-A92B-4875-A76A-4E21A8B3AC5A/0/ENG_20120418_BRIGHTON_DECLARATION_FINALE.pdf.

⁸ Preámbulo del Protocolo núm. 14 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en *BOE* de 28 de mayo de 2010.

⁹ Una mención reciente en IRUZUN MONTORO, F., «¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 2012, núm. 10, p. 3.

por el Profesor Carrillo Salcedo¹⁰. Las cifras, de cualquier modo, ciertamente señalan que en los últimos diez años se ha pasado de casi 20.000 casos pendientes de resolución a más de 150.000¹¹.

Con todo, la mayoría de las demandas de los casos aquí seleccionados planteaba retos singulares, pues se referían —o podían referirse—¹² a lo que se ha calificado como el «prototipo de actos continuos»¹³: los hechos de desaparición forzada de personas. Sobre los que el mismo TEDH vendría a reconocer como elemento distintivo que la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a una situación continuada, incluso cuando la muerte pudiera presumirse¹⁴. Carácter —y consecuencias jurídicas— que igualmente han subrayado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁵ y el Comité de Ministros¹⁶.

Así las cosas, en el periodo señalado hemos asistido a un conjunto de decisiones que pueden valorarse como una suerte de elaboración o re-elaboración, para algunos una evolución meritoria pero arriesgada¹⁷, para otros un audaz intento de clarificación de la jurisprudencia del TEDH¹⁸, sobre la cuestión general identificada; y muy singularmente a mi entender, en cuanto al modo de interpretar su competencia temporal respecto a ella. Posición que como veremos aún parece estar parcialmente en desarrollo, pero que al menos a día de hoy ha suscitado, más allá de algunas felicitaciones inmediatas, críticas generales tanto por excesiva¹⁹ como por insu-

¹⁰ CARRILLO SALCEDO, J. A., «Problemas a los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se enfrenta en la actualidad y remedios posibles», en CARRASCO DURÁN, M., PÉREZ ROYO, F., URÍAS MARTÍNEZ, J. y TEROL BECERRA, M. (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, Navarra, Aranzadi, 2006.

¹¹ «European Court of Human Rights. Analysis of statistics 2011», enero de 2012, en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/11CE0BB3-9386-48DC-B012AB2C046FEC7C0/STATS_EN_2011.PDF. No obstante esta tendencia, los datos provisionales de 2012 —a 31 de octubre— indican que el número se ha reducido hasta los poco más de 135.000 casos pendientes: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5E03F01F-E899-4C56-A6E0-9ED85F8FAB10/0/CMS_31102012_EN.pdf.

¹² Para más datos, apartados 3.3 y 3.4 de este trabajo.

¹³ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, «Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado», Doc. NNUU A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, p. 12.

¹⁴ Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párr. 148.

¹⁵ Por ejemplo, Resoluciones 1463 (2005), de 3 de octubre de 2005; 1868 (2012), de 9 de marzo de 2012, y 1995 (2012), de 9 de marzo de 2012.

¹⁶ «Enforced disappearances. Recommendation 1719 (2005). Reply from the Committee of Ministers adopted at the 969th meeting of the Ministers' Deputies», Doc. 10973, de 24 de junio de 2006.

¹⁷ Véase la ponencia de la Juez de la Corte Suprema del Reino Unido, Brenda M. Hale en EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Dialogue between judges 2011*. «What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?», Estrasburgo, European Court of Human Rights, 2011, p. 15.

¹⁸ SURREL, H., «L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2012, núm. 90, pp. 271-295.

¹⁹ Así por ejemplo, GIL GIL, A., «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS, K., MALARINO, E. y ELSNER, G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 2, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2011, pp. 322 y ss.

ficiente²⁰; cuando no, y en lo particular, censuras por injusta y basada en meras hipótesis²¹, o arbitraria en el sentido de que «*have no basis in the provisions of the European Convention [...] and finds no place in the doctrine relating to the Convention*»²², en palabras de referentes como Brownlie. Por su parte, y en concreto sobre los hechos de desaparición forzada, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se manifestaba como sigue:

«*The Assembly welcomes recent developments [...] that are favourable to the fight against enforced disappearances, including: 7.1. the case law of the European Court of Human Rights extending its temporal jurisdiction over enforced disappearances by stressing the ongoing nature of the procedural obligation to investigate a disappearance*»²³.

El objetivo de esta contribución es entonces exponer, examinar y valorar la construcción que ha venido realizando el TEDH, primero de la naturaleza nominalmente autónoma y también continuada de la obligación de investigar del art. 2 del CEDH, y fundamentalmente de su competencia *ratione temporis* respecto a ella. Aspecto clave que suele suscitar una atención menor que las cuestiones sustantivas²⁴, pero cuya importancia teórica y sobre todo práctica es capital. Para ello nos centraremos en los aspectos relevantes de los casos *Šilih c. Eslovaquia (GS)*²⁵, *Varnava y otros c. Turquía (GS)*²⁶, *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*²⁷, y *Janowiec y otros c. Rusia*²⁸; sin perjuicio de las menciones precisas a otros casos, desde los más remotos como *De Becker c. Bélgica*²⁹ y hasta los más recientes, como *Canales*

²⁰ Entre otros, FERNÁNDEZ, E., «Nuevos retos para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la jurisprudencia sobre desapariciones forzadas», *Persona y Derecho*, 2009, núm. 61, pp. 195-226.

²¹ KYRIAKOU, N., «Enforced disappearances in Cyprus: problems and prospects of the case law of the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, 2011, núm. 2, pp. 190-199. Existe una versión electrónica más amplia en *The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights*, disponible en <http://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/CRIDHO%20WP%202011-01.pdf>.

²² BROWNLIE, I., «Christos and Helen Karefyllides and Maria Ioannou against Turkey. Opinion relating to issue raised in paragraphs 151-172 of the Gran Chamber Judgment in Varnava», 2 de noviembre de 2009, p. 12, punto e), y párr. 19. Original en poder del autor.

²³ Resolución 1868 (2012), de 9 de marzo de 2012, párr. 7.1.

²⁴ Con carácter general, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Prólogo», en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, F. J. y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (eds.), *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2010, pp. 19-20. En lo particular, y por citar un par de ejemplos recientes, en completos trabajos que abordan algunos de los casos aquí escogidos apenas nada se señala sobre la concreta delimitación —y sus consecuencias— de la competencia temporal realizada por el TEDH: OTT, L., *Enforced Disappearances in International Law*, Cambridge-Amberes-Portland, Intersentia, 2011, pp. 78-79, pp. 288-289; VERMEULEN, M. L., *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Cambridge-Amberes-Portland, Intersentia, 2012, pp. 199-201.

²⁵ Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, solicitud núm. 71463/01, sentencia de 9 de abril de 2009.

²⁶ 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.

²⁷ Caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, solicitud núm. 301410/09, decisión sobre admisibilidad de 27 de marzo de 2012.

²⁸ Caso *Janowiec y otros c. Rusia*, solicitudes núms. 55508/07 y 29520/09, sentencia de 16 de abril de 2012.

²⁹ 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*.

*Bermejo c. España*³⁰. Y en este empeño, comenzaremos esbozando un mínimo marco teórico de referencia sobre el general principio de irretroactividad de los tratados internacionales, tanto por su evidente importancia como porque de hecho, en las sentencias escogidas, el TEDH partirá prácticamente siempre de la cita del art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como «regla general de Derecho internacional» dentro de cuyos límites se enmarcan todas sus resoluciones³¹.

2. PUNTO DE PARTIDA: EL MARCO GENERAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LOS TRATADOS, LOS HECHOS CONTINUADOS Y LA COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS*

En lo que ahora nos concita y restringiéndonos a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) desde que acordase que el Derecho de los tratados sería tema prioritario de su agenda³², cabe comenzar recordando el Tercer Informe del Relator Waldock, en el que ya se recogió lo siguiente:

«Artículo 57. Aplicación "*Ratione Temporis*" de las disposiciones de un tratado. 1. Salvo que un tratado disponga, expresa o implícitamente, otra cosa, sus disposiciones se aplicarán a cada parte solamente con respecto a los hechos o cuestiones que surjan o subsistan mientras el tratado esté en vigor con respecto a esa parte»³³.

Ya en aquel momento se identificó como uno de los problemas centrales en qué medida se podía aplicar un tratado a *hechos que surgieron* antes de que entrase en vigor³⁴; cuestión que fue posterior y reiteradamente puesta sobre la mesa de trabajo³⁵. Ahora bien, a partir de la propuesta de codificación citada³⁶, y pese a que se ha considerado que su redacción final fue probablemente una de las más complejas de alcanzar³⁷, ya en aquel Informe se expo-

³⁰ Caso *Canales Bermejo c. España*, solicitud núm. 56264/12, decisión sobre admisibilidad de 8 de noviembre de 2012.

³¹ Así por ejemplo, *Šilih c. Eslovenia (GS)*, párrs. 106 y 140; *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párr. 130; *Janowiec y otros c. Rusia*, párrs. 77 y 129.

³² Doc. NNUU: A/CN.4/13 y Corr. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, vol. I, p. 281.

³³ Doc. NNUU: A/CN.4/167 y Add.1-3, *Anuario CDI*, 1964, vol. II, p. 8.

³⁴ *Id.*

³⁵ Por ejemplo, Doc. NNUU: A/CN.4/186 y Add.1 a 7, *Anuario CDI*, 1966, vol. II, p. 67; NACIONES UNIDAS, *United Nations Conference on the Law of Treaties. First session. Vienna, 26 March-24 May 1968. Official Records. Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Nueva York, Naciones Unidas, 1969, p. 159; NACIONES UNIDAS, *United Nations Conference on the Law of Treaties. Second session. Vienna, 9 April-22 May 1969. Official Records. Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Nueva York, Naciones Unidas, 1970, p. 55.

³⁶ Para una referencia a partir del decimocuarto periodo de sesiones de la CDI y hasta su final aprobación en la Conferencia de Viena, ROSSENE, S., *Law of Treaties. Guide to Legislative History of Vienna Convention*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1970, pp. 202-205. Para referencias anteriores, Doc. NNUU: A/CN.4/23, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, pp. 225-226.

³⁷ DOPAGNE, F., «1969 Vienna Convention. Article 28. Non-retroactivity of treaties», en CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 719.

nía la clave que permitiría y permite resolver este particular. Una respuesta que en lo sustantivo se mantuvo inalterada en los comentarios que hizo la CDI a los proyectos de artículos de 1964³⁸ y 1966³⁹, esto es, que «el principio de la no retroactividad nunca se viola por aplicar un tratado a cuestiones que se plantean [ocurren o existen] estando el tratado en vigor, aun cuando se iniciaran con anterioridad»⁴⁰. Máxima en la que resuena la ya clásica posición que hace camino de un siglo dejara sentada la Corte Permanente de Justicia Internacional⁴¹.

A pesar de diversas solicitudes estatales, y doctrinales⁴², lo cierto es que en ninguna de las distintas versiones consolidadas del artículo en cuestión se incorporó una fórmula expresa que incluyera lo anterior, tampoco mayores clarificaciones sobre su contenido; pero sin lugar a duda, en el definitivo literal del art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se mantienen inalteradas las palabras reproducidas de la CDI. En consecuencia, la idea a retener es que el principio de irretroactividad de los tratados supone que un tratado internacional va a ser aplicable, salvo consentimiento en contrario, no a los *facta praeterita*, sino a los *facta futura*, pero también y desde luego a los *facta pendentia*; y en ninguno de estos dos últimos casos puede hablarse de aplicación retroactiva del tratado. En suma, y por referir una formulación sencilla y tajante: «*A treaty can, of course, apply to pre-existing act, fact or situation which continues after entry into force*»⁴³. De lo que cabe hablar es de lo que con carácter general se conoce como el principio del efecto inmediato⁴⁴, no como excepción⁴⁵ sino como complemento implícito y no contradictorio⁴⁶ del principio de irretroactividad; en cuya virtud y en lo que aquí nos ocupa, desde su entrada en vigor las disposiciones de un tratado se aplican «inmediatamente»⁴⁷ a los *facta pendentia*⁴⁸.

³⁸ Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI*, 1964, vol. II, p. 178.

³⁹ Doc. NNUU: A/6309/Rev.1, *Anuario CDI*, 1966, vol. II, p. 233.

⁴⁰ Doc. NNUU: A/CN.4/167 y Add.1-3, *Anuario CDI*, 1964, vol. II, p. 10.

⁴¹ *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, sentencia de 30 de agosto de 1924, *PCIJ Reports, Serie A*, núm. 2, pp. 35 y 36.

⁴² Además de lo recogido en la nota 35, en la doctrina, por ejemplo, BRIGGS, H. G., «Reflections on non-retroactivity of treaties», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXI, 1968, núm. 2, pp. 320-327, en especial pp. 326-327.

⁴³ AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Nueva York, 2007, p. 176. La cursiva es nuestra.

⁴⁴ La referencia doctrinal clásica sobre el mismo es TAVERNIER, P., *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public. Problèmes de droit intemporel ou de droit transitoire*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970, pp. 181-307.

⁴⁵ VILLINGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 383.

⁴⁶ DOPAGNE, F., *op. cit.*, nota 37, pp. 720, 723-725.

⁴⁷ Aunque referido al entonces art. 24: Doc. NNUU: A/CN.4/120, *Yearbook of the International Law Commission*, 1959, vol. II, p. 47. En la versión en castellano se utilizó desde el comienzo la fórmula «tan pronto»: Doc. NNUU: A/CN.4/120, *Anuario CDI*, 1959, vol. II, p. 52.

⁴⁸ Al respecto, ELIAS, T. O., *The modern law of treaties*, Leiden, A. W. Sitjhoff, 1974, p. 48; ODENDAHL, K., «Article 28. Non-retroactivity of treaties», en DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K. (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2012, pp. 478-479; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público. 2. Derecho de los tratados*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 286. En más detalle, ORIHUELA CALATAYUD, E., *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 55-62.

Así las cosas, el término que se convierte en clave es el concepto mismo de *facta pendencia*. En otras palabras, y sin remitirnos ahora a seminales obras como la de Triepel⁴⁹, lo que en el Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Ago se recogía bajo el rótulo de «hecho estatal continuo»⁵⁰; es decir, un comportamiento que se desarrolla como tal en el tiempo con carácter de permanencia⁵¹. El problema capital, también endémico, será entonces la distinción entre estos «hechos estatales continuados» y los «hechos instantáneos con efectos duraderos»⁵². De hecho, la interpretación y aplicación de estos conceptos es una intrincada cuestión sobre la que también varios Estados demandaron, sin éxito, mayores aclaraciones en el literal del Proyecto sobre responsabilidad del Estado; afirmando incluso que al final los mismos «pueden servir más para complicar que para aclarar»⁵³.

Al respecto, cabe recordar que fueron precisamente las decisiones del sistema europeo de protección de los derechos humanos la referencia fundamental en este punto. Y en concreto, se erigió como pauta común lo que allá por 1958 afirmara la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *De Becker c. Bélgica*; esto es, que cuando se está ante hechos continuados/violaciones continuadas: «*It is exactly as though the alleged violation was being repeated daily*»⁵⁴. Frente a estas situaciones, el Informe recién citado incluía ya un conjunto de razonamientos que expresaban las consecuencias de lo que he señalado *supra*; es decir, que: «Si el comportamiento ha comenzado antes de que la obligación entre en vigor para el Estado y continúa desarrollándose posteriormente, habrá violación de dicha obligación desde el momento en que ésta haya comenzado a existir para el Estado»⁵⁵. Principio que fue el que el Relator formuló en el entonces art. 17.3⁵⁶, cuyos términos fueron mejor definidos por la CDI en su Informe de 1976 en el (también entonces) art. 18.3⁵⁷, y que en lo sustantivo se mantuvo ya así hasta el art. 14.2 del Proyecto definitivo de 2001⁵⁸.

Aclarado lo anterior en lo sustantivo, un asunto particular será el referido a las cuestiones propias a la competencia de los órganos internacionales respecto a este tipo de hechos; siendo clave con carácter general, y salvo disposición/declaración en contrario, el momento en que la controversia sea planteada⁵⁹.

⁴⁹ TRIEPEL, H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1899. Para un repaso que se remonta hasta fines del siglo XIX, voto particular del Juez Cançado Trindade a la orden de 6 de julio de 2010 en el asunto *de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, párrs. 60-90.

⁵⁰ Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI*, 1976, vol. II (primera parte), p. 23.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Ibid.*, p. 24.

⁵³ Doc. NNUU: A/5809, 50.º periodo de sesiones CDI, pp. 47-49. En el ámbito del Derecho de los Tratados, Doc. NNUU: A/CN.4/167 y Add.1-3, *Anuario CDI*, 1964, vol. II, p. 10.

⁵⁴ Caso *De Becker c. Bélgica*, p. 244.

⁵⁵ Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI*, 1976, vol. II (primera parte), p. 23.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁷ Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2), *Anuario CDI*, 1976, vol. II (segunda parte), p. 73.

⁵⁸ Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (segunda parte), p. 31.

⁵⁹ En detalle, ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 48, pp. 185 y ss. Para una visión más desarrollada de la posición de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, AMERASINGHE, C. F., *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haya, Kluwer Law International, 2003,

No obstante, en lo que aquí interesa, es preciso referirnos en concreto a la problemática propia a «los límites *ratione temporis* de aplicación de la cláusula jurisdiccional: hechos posteriores a una fecha determinada», en palabras de la CDI⁶⁰; y al respecto debe indicarse como fundamental punto de partida, al margen ahora de lo relativo al momento del surgimiento de la controversia, la determinación de los específicos hechos objeto de la controversia/demanda, en el ya clásico sentido de que: «[a] *situation or fact in regard to which a dispute is said to have arisen must be the real cause of the dispute*»⁶¹.

A partir de esta pauta, en el mismo ámbito que hemos utilizado arriba es posible encontrar una regla básica suficiente para lo que estamos exponiendo. Así, en el Séptimo Informe del Relator Ago se explicitaba que:

«...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 competencia del tribunal [...] parecería ilógico negar esa competencia si el hecho “continuado” se considera perpetrado durante todo el periodo 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 tribunal»⁶².

De este modo, y acudiendo a lo señalado por la CDI ya en 2001, el comportamiento que haya comenzado en determinado momento en el pasado puede continuar y dar lugar a un hecho en el presente⁶³. Lo que con carácter general conllevaría las consecuencias indicadas, a veces bajo el rótulo de «violación continuada»⁶⁴, en el ámbito de la responsabilidad internacional, pero también en lo relativo a la competencia *ratione temporis* del órgano internacional correspondiente.

Ahora bien, conviene reconocer que respecto a la determinación de cuándo el hecho ilícito continúa como tal, y no sólo sus efectos y consecuencias, tanto en el seno de los tribunales internacionales como en los trabajos de la CDI, es posible detectar una notable divergencia, no de criterios, sino en cuanto a su aplicación práctica⁶⁵. Ciertamente, en gran parte el particular

pp. 595-602. Para un estudio exhaustivo, ROSENNE, S., *The Law and Practice of the International Court 1920-2005. Volume I. The Court and the United Nations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 912 y ss.

⁶⁰ Doc. NNUU: A/6309/Rev.1, *Anuario CDI*, 1966, vol. II, p. 233; Doc. NNUU: A/CN.4/307 Y ADD.1 Y 2, *Anuario CDI*, 1978, vol. II (primera parte), p. 41.

⁶¹ *Compañía de electricidad de Sofía y de Bulgaria*, sentencia de 4 de abril de 1939, *PCIJ Reports, Serie A/B*, núm. 77, pp. 81 y 82.

⁶² Doc. NNUU: A/CN.4/307 Y ADD.1 Y 2, *Anuario CDI*, 1978, vol. II (primera parte), p. 41.

⁶³ Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (segunda parte), p. 31

⁶⁴ Desde esta perspectiva, PAUWELYN, J., «The Concept of a “Continuing Violation” of an International Obligation: Selected Problems», *British Yearbook of International Law*, vol. 66, 1995, núm. 1, pp. 415-450.

⁶⁵ Al margen de la referencia ya señalada en nota 59, paradigmáticas son las posiciones de los Jueces Cheng Tien-Hsi y Eysinga en el asunto *Concesiones Mavrommatis en Palestina*. En la CDI, véanse

depende del contenido —e interpretación— de la obligación primaria⁶⁶; aunque asumiendo ello, es común la convicción de que realizar este ejercicio es siempre extremadamente complejo⁶⁷. De hecho, aunque como avanzamos sea generalizada la referencia en este punto a la posición que fue manteniendo la Comisión Europea de Derechos Humanos, más allá de lo ya reproducido y dentro de las pautas señaladas⁶⁸, sus primeras aproximaciones no fueron realmente clarificadoras; lo que llevó a varias decisiones contradictorias, desde entonces y a lo largo del tiempo⁶⁹. Circunstancia que ha sido advertida también por algunos jueces del mismo TEDH⁷⁰.

Y así que para 2006, y casi como rememorando las palabras de la Comisión de 1958⁷¹, el TEDH a pesar de formular lo que calificó como el general «*appropriate test*»⁷², reiteraría que la clave residía en los hechos del caso y el alcance del derecho en cuestión⁷³. Apenas tres años después, centrándose ya en el art. 2 —y nominalmente también en el 3— del CEDH⁷⁴, el mismo Tribunal reconocería, en fin, que en diversos casos se había llegado a conclusiones divergentes aunque los hechos eran aparentemente similares⁷⁵. Ofreciendo entonces y como veremos de inmediato, una nueva aproximación a la problemática señalada.

por ejemplo las opiniones sobre si la confiscación de bienes es o no un hecho continuado. Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/1988/Add.1 (Part 1), *Anuario CDI*, 1988, vol. II (primera parte), pp. 15-16.

⁶⁶ Por referirnos ya al Proyecto definitivo, Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (segunda parte), pp. 59-62.

⁶⁷ En la doctrina, con carácter general, DOPAGNE, F., *op. cit.*, nota 37, p. 725; en el ámbito del sistema del Consejo de Europa, VAJIC, N., «Before... and After: *Ratione Temporis* Jurisdiction of the (New) European Court of Human Rights and the *Blečić case*», en CAFLISCH, L. y WILDHABER, L. (eds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human rights- Strasbourg views. Droits de l'homme- Regards de Strasbourg*, Estrasburgo, Kehl Engel, 2007, pp. 419 y ss.

⁶⁸ Por ejemplo, caso *Kevin McDavid and Others v. United Kingdom*, solicitud núm. 25681/94, decisión sobre admisibilidad de 9 de abril de 1996.

⁶⁹ Al respecto, MONCONDUIT, F., *La Commission Européenne des Droits de L'Homme*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1965, p. 212; LOUKAIDÈS, G., *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 18 y ss.; PAUWELYN, J., *op. cit.*, nota 64, pp. 421 y ss.; VAN PACHTENBEKE A. y HAECK, Y., *op. cit.*, nota 2, p. 50. Para un repaso más próximo en el tiempo, CANO PALOMARES, G., «La compétence *ratione temporis* de la Cour de Strasbourg en matière d'obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (en marge des arrêts *Silih* du 9 avril 2009, et *Varnava et autres* du 18 septembre 2009)», *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4, 2010, núm. 2, pp. 377-395, en pp. 378-381. Con una visión diferente, aunque sustancialmente descriptiva, ZWART, T., *The Admissibility of Human Rights Petitions: The Case Law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 123-138. Desde una perspectiva más amplia, ALTIPARMAK, K., *op. cit.*, nota 4, pp. 13-18.

⁷⁰ Véase por ejemplo el debate presente en los votos disidentes en el caso *Loizidou c. Turquía (GS)*, solicitud núm. 15318/89, sentencia de 18 de diciembre de 1996.

⁷¹ *X. c. Bélgica*, solicitud núm. 369/58, *Yearbook of the European Convention on Human Right*, 1958-1959, pp. 376-381.

⁷² Caso *Blečić c. Croacia (GS)*, solicitud núm. 59532/00, sentencia de 8 de marzo de 2006, párrs. 77-92.

⁷³ Aparte de las referencias anteriores, esta fórmula aparece ya en el mismo *Blečić c. Croacia (GS)*, párr. 82, y es luego reiterada en múltiples otros casos.

⁷⁴ Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, párr. 147.

⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 139-152.

3. LA ACTUAL CONSTRUCCIÓN REALIZADA POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA OBLIGACIÓN PROCESAL DE INVESTIGAR

3.1. La formulación de la Gran Sala en el caso *Šilih c. Eslovenia*

El estado de cosas resumido es el que enfrentaría la Gran Sala en el caso *Šilih*. En lo que aquí interesa, los hechos se referían a la falta de investigación de una muerte por una presunta negligencia médica que se había producido poco más de un año antes de la aceptación de Eslovenia de la competencia del Tribunal⁷⁶. Los representantes del Estado argumentaban que admitir tal demanda supondría violentar «los principios generales del Derecho internacional sobre la irretroactividad de los tratados»⁷⁷. Ante ello, el TEDH tras recordar que las disposiciones del CEDH no obligan a una Parte respecto a ningún acto o hecho que haya tenido lugar o una situación que haya dejado de existir antes de la fecha crítica (sea ésta la entrada en vigor del CEDH respecto de esa Parte o en su caso, la declaración de aceptación de la competencia, anteriormente prevista, para demandas individuales)⁷⁸, se planteó la siguiente cuestión:

«...whether the procedural obligations arising under Article 2 can be seen as being detachable from the substantive act and capable of coming into play in respect of deaths which occurred prior to the critical date or alternatively whether they are so inextricably linked to the substantive obligation that an issue may only arise in respect of deaths which occur after that date»⁷⁹.

Tras realizar un repaso de su jurisprudencia, así como de las soluciones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un nuevo ejemplo de lo que se ha conocido como «fertilización cruzada»⁸⁰, la conclusión a la que llegó el Tribunal fue la que sigue:

⁷⁶ La declaración del Estado de Eslovenia, realizada al depositar su instrumento de ratificación el 28 de junio de 1994, reza así en lo que nos ocupa: «*The Republic of Slovenia declares that it recognizes [...] the jurisdiction of the European Court of Human Rights in all matters concerning the interpretation and application of the Convention and its Protocols and relating to facts occurring after the Convention and its Protocols have come into force in respect of the Republic of Slovenia.*»

⁷⁷ Caso *Šilih c. Eslovenia* (GS), párr. 129.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 140.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 152.

⁸⁰ Fenómeno al que, cabe apuntar, se ha mantenido ajena la Corte Internacional de Justicia en su inopinada posición sobre este particular en el asunto de las *cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, sentencia de 20 de julio de 2012, párrs. 96-105, en <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>. Para una contundente crítica, voto particular del Juez Cançado Trindade, en especial párrs. 158-168. Respecto al concepto y desarrollo de la «fertilización cruzada», una primera aproximación en CANÇADO TRINDADE, A. A., «Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights», en COHEN-JONATHAN, G. y FLAUSS, J. F. (dirs), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2005; HENNEBEL, L., «Cross-Fertilization between International Human Rights Courts», en VVAA, *Le dialogue des juges*, Bruselas, Bruylant, 2007.

«...the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent “interference” within the meaning of the *Blečić* judgment [...]. In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date»⁸¹.

En el fondo de estas líneas resuena la ya clásica máxima señalada en el caso *Tyrer c. Reino Unido*⁸²; siendo que con lo anterior, y pese a las obvias diferencias en las normas convencionales de referencia, el TEDH parecía asumir plenamente una posición generalizada en los mencionados mecanismos de protección de los derechos humanos. Con todo, sin poder entrar en el general desarrollo de esta obligación procesal de investigar⁸³ —particular que nos llevaría cuando menos hasta el caso *McCann y otros c. Reino Unido*⁸⁴, es necesario hacer notar que la evolución que indica el Tribunal es a mi entender más limitada de lo que generalmente se ha considerado⁸⁵; separándose, de hecho, de la conclusión que adelantaban estudios como el de Altiparmak⁸⁶. Ello así porque pese a declarar que la obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva en virtud del art. 2 se ha convertido en un deber independiente y autónomo, que por tanto puede llevar a una «*separate and independent interference*», su verdadera vigencia y exigibilidad aparecerán notablemente limitadas por la anterior posición de la Gran Sala en el caso *Blečić*⁸⁷. Esto es, pese a lo que ahora se expresaba, en realidad la «*interference*» que seguiría siendo tomada en consideración, y sin lugar a dudas se transformaría en determinante de la competencia temporal del TEDH, no es la ausencia de investigación, aunque éste sea el objeto de la demanda⁸⁸, sino el momento en que, en este caso, la muerte haya ocurrido.

Así que tras lo reproducido y casi a renglón seguido, el Tribunal añadiría que no obstante lo dicho, su competencia temporal respecto al cumplimiento de la obligación procesal del art. 2 en relación con las muertes que se producen antes de la fecha crítica no es ilimitada («*not open-ended*»)⁸⁹. En este

⁸¹ Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, párr. 159.

⁸² Caso *Tyrer c. Reino Unido*, solicitud núm. 5856/72, sentencia de 25 de abril de 1975, párr. 31. Sobre la cuestión general, LETSAS, G., «Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer», *The European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, núm. 3, pp. 509-541.

⁸³ Para una primera aproximación reciente, CHEVALIER-WATTS, J., «Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?», *The European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, núm. 3, pp. 701-721.

⁸⁴ Caso *McCann y otros c. Reino Unido (GS)*, solicitud núm. 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995, párr. 161.

⁸⁵ En un sentido parcialmente similar, aunque basado en qué han de entenderse como hechos causa de una controversia, BJORGE, E., «In search of lost time: jurisdiction *ratione temporis* in three levels of jurisdiction», *Institutt for Offentling Rett*, noviembre de 2011, pp. 1-39. Disponible en <http://www.jus.uio.no/ior/forskning/arrangementer/midtveisevalueringer/2011/dokumenter/>.

⁸⁶ *Supra* nota 4.

⁸⁷ Caso *Blečić c. Croacia (GS)*, párrs. 78-82.

⁸⁸ Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, párr. 166.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 161.

punto, uno pudiera considerar que con carácter general, la referencia posible —y adecuada— hubiera podido ser el mismo concepto y condición de víctima del art. 34 —en conexión con el 35.3.d)—, que conllevaría obviamente una limitación temporal de la propia competencia del TEDH; pero la solución dada fue radicalmente diferente. Para (auto)delimitar su competencia, para mitigar el impacto de su decisión en palabras de Bjorge⁹⁰, lo que el TEDH señalaría —para Gil Gil «se inventaría»⁹¹— es una serie de requisitos adicionales que habrían de concurrir; aclarando que su razonar se refería evidentemente a las actuaciones que se hubieran producido tras la fecha crítica. La mención principal fue, como en cierto modo ya avanzamos, la necesidad de que hubiera un vínculo real («*genuine connection*») entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio en relación con el Estado demandado⁹². Lo que se tradujo en aquella oportunidad en:

«*Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision —which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account [...]— will have been or ought to have been carried out after the critical date*»⁹³.

Llevando lo anterior al caso concreto, el TEDH afirmó que no existiendo en la declaración de aceptación de competencia de Eslovenia⁹⁴ ninguna limitación distinta a las relativas al principio general de irretroactividad⁹⁵, como la muerte del hijo del demandante había ocurrido poco más de un año antes de la fecha crítica, y, salvo las investigaciones preliminares, los procesos judiciales se habían iniciado tras ella, tenía pues competencia para examinar el cumplimiento de la obligación procesal del art. 2 del CEDH⁹⁶. De este modo, aunque pareciera que el elemento determinante se debería situar en el momento de inicio y en el desarrollo de las investigaciones (jurisdiccionales) en cuestión⁹⁷, en realidad cabe concluir que lo que se estaba estableciendo era un requisito doble, que en cierto modo también se apuntaba en otras partes de la sentencia⁹⁸: en primer lugar, uno de carácter estrictamente temporal (la proximidad temporal entre la muerte y la fecha crítica), que en este momento⁹⁹ se entendió satisfecho por haber transcurrido sólo apenas un año; y en segundo, que *además* la mayor parte de la investigación/procedimientos debidos se produzcan, o debieran haberse producido, tras la fecha crítica. A este último respecto, conviene apuntar que la consideración de que el proceso en cuestión, en todo o en su mayoría, *debería* haberse realizado tras la fecha

⁹⁰ BJORGE, E., *op. cit.*, nota 85, p. 22.

⁹¹ GIL GIL, A., *op. cit.*, nota 19, p. 327.

⁹² Caso *Šilih c. Eslovenia* (GS), párr. 163.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ Véase nota 76.

⁹⁵ Caso *Šilih c. Eslovenia* (GS), párr. 164.

⁹⁶ *Ibid.*, párrs. 164-167.

⁹⁷ En este sentido, por ejemplo la argumentación de Lord Keer en el caso *In the matter of an application by Brigid McCaughey and another for Judicial Review (Northern Ireland)*, párrs. 114-120.

⁹⁸ Caso *Šilih c. Eslovenia* (GS), párrs. 125 y especialmente 157.

⁹⁹ Sobre el posterior desarrollo, apartado 3.3 de este trabajo.

crítica plantea dudas singulares; pues, ¿hasta cuándo habría que entender que la actuación correspondiente *debería* haberse llevado a cabo? ¿Podría esgrimirse por ejemplo el plazo de prescripción del homicidio, por señalar un dato objetivo, como referencia temporal límite en los supuestos en que ninguna actividad efectiva se hubiera realizado ¹⁰⁰? ¿O el límite se encontraría en el momento en que *se entienda* que las medidas que pudieran tomar las autoridades ya no serían útiles para esclarecer las circunstancias y responsables de la muerte ¹⁰¹? En votos particulares como el del Juez Lorenzen se indica que a su entender, en los casos en que no se realizase ninguna investigación a pesar del conocimiento del hecho, el Tribunal no tendría competencia salvo que posteriormente apareciesen nuevas pruebas o informaciones que *reactivaran* la obligación procesal de investigar ¹⁰². Pero de ser así, pudiera llegarse a una situación en que a la postre se estaría alentando a que las autoridades precisamente no llevaran a cabo ninguna investigación ante violaciones sustantivas del art. 2 CEDH, también a evitar que surgieran nuevas evidencias, so pena de *activar* o *reactivar* la obligación procesal de investigar. Conclusión que difícilmente se compadecería con el objeto y fin del CEDH; también y máxime recordando que según el mismo TEDH, el art. 2, junto con el 3, se encuentran entre las disposiciones primordiales del CEDH, consagrando uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas del Consejo de Europa ¹⁰³.

En cualquier caso, en mi opinión y como veremos ¹⁰⁴ en decisiones posteriores, el TEDH ofrecerá en cierto modo una respuesta a las preguntas expuestas ¹⁰⁵; pues lo que hará es mantener siempre una exigencia de proximidad temporal entre la muerte y la fecha crítica —aunque de cuantía variable, por no decir indeterminada.

Ahora bien, el Tribunal agregó que no obstante todo lo dicho, el vínculo real que exigía podía encontrarse en ciertas circunstancias en: «*The need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner*» ¹⁰⁶. Crítica formulación que parece más que apropiada respecto a las disposiciones del CEDH que estaba examinado, como acabamos de apuntar. No obstante, no será hasta el último caso que analizaremos en detalle cuando se tratará de dotar de (algún) sentido concreto a esta suerte de excepción general ¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Aunque no de manera expresa, ésta pudiera entenderse que es también la posición que mantienen en su voto concurrente los Jueces Zagrebelsky, Rozakis, Cabral Barreto, Spileman y Sajó. Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, p. 55.

¹⁰¹ En esta línea, *supra* nota 98.

¹⁰² Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, pp. 50-51.

¹⁰³ Caso *McCann y otros c. Reino Unido (GS)*, párr. 147.

¹⁰⁴ Véanse apartados 3.3 y 3.4 de este trabajo.

¹⁰⁵ Es interesante recordar también algunos de los interrogantes que en el seno de la Corte Suprema del Reino Unido se plantearon al respecto: véase la opinión de Lord Keer en el caso *In the matter of an application by Brigid McCaughey and another for Judicial Review (Northern Ireland)*, 18 de mayo de 2011, párr. 108.

¹⁰⁶ Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, párr. 163.

¹⁰⁷ Véase el apartado 3.4 de este trabajo.

Finalmente, es importante destacar que todo lo expuesto se basó en la invocación del principio de seguridad jurídica¹⁰⁸. En otras palabras, los requisitos resumidos fueron incorporados por el TEDH, por trece votos contra dos, en atención a este principio; resultando llamativo que en todos menos uno de los votos individuales, concurrentes y disidentes, se subrayase precisamente y con razón que tales exigencias, todas o alguna de ellas, en modo alguno satisfacían tal propósito¹⁰⁹.

3.2. La aplicación a los hechos de desaparición forzada de persona: la decisión de la Gran Sala en el caso *Varnava y otros c. Turquía*

Apenas cinco meses después la Gran Sala emitió su decisión en el caso *Varnava y otros*. En lo que nos ocupa, 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. 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 individuales¹¹⁰. A diferencia del caso *Šilih*, en esta oportunidad y como ya avanzamos, el TEDH debía resolver pues sobre el «prototipo de actos continuos»¹¹¹.

Sobre el particular, no podemos entrar en antecedentes como *Kurt c. Turquía*¹¹², o *Çakici c. Turquía*¹¹³ y *Tímurtas c. Turquía*¹¹⁴ como referencias más ajustadas¹¹⁵, pero conviene detenerse un momento en el caso *Chipre c. Turquía*¹¹⁶. Ello así porque en él se concluyó que había existido una violación continuada del art. 2 del CEDH por la ausencia de investigación sobre el paradero y circunstancias de la desaparición forzada de distintas personas¹¹⁷. Si bien, amén de los perfiles propios de la naturaleza interestatal del caso y la inmediata actuación de Chipre¹¹⁸, los aspectos relativos a la competencia del TEDH, en lo que aquí ocupa, recibieron una atención prácticamente nula;

¹⁰⁸ Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, párr. 161.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 50, 55-56, 61-62.

¹¹⁰ En concreto y en lo que nos ocupa: «*This declaration extends to allegations made in respect of facts, including judgments which are based on such facts which have occurred subsequent to the date of deposit of the present declaration*».

¹¹¹ *Supra* nota 13.

¹¹² Caso *Kurt c. Turquía*, solicitud núm. 24276/94, sentencia de 25 de mayo de 1998.

¹¹³ Caso *Çakici c. Turquía*, solicitud núm. 23657/94, sentencia de 8 de julio de 1999.

¹¹⁴ Caso *Tímurtas c. Turquía*, solicitud núm. 25531/94, sentencia de 13 de junio de 2000.

¹¹⁵ Al respecto, SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 188-198. Para una visión actualizada y más centrada en la obligación de investigar, FALEH PÉREZ, C., «La obligación internacional del Estado de prevenir e investigar los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas», en CARULLA RIPOL, S. y VILLÁN DURÁN, C. (dirs.), *Justicia de transición: el caso de España*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2012, pp. 117-131.

¹¹⁶ Caso *Chipre c. Turquía (GS)*, solicitud núm. 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001.

¹¹⁷ *Ibid.*, párrs. 123-136.

¹¹⁸ Para un resumen, *ibid.*, párrs. 13-18.

también porque durante el procedimiento no se presentaron alegaciones al respecto, más allá de la invocación turca ante la Comisión de que las desapariciones denunciadas no podían considerarse como hechos/violaciones continuadas, sino como hechos instantáneos¹¹⁹. Interesante es no obstante destacar que frente a ello la Comisión respondió como sigue:

«...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...»¹²⁰.

Al margen de la singular e indiferenciada posición final de la Comisión¹²¹ —que como tal asumiría el TEDH¹²²—, pero que a mi entender no tuvo consecuencias prácticas en relación con la obligación procesal del art. 2¹²³, sin poder abordar ahora los aspectos que entonces quedaron sin atender¹²⁴, la cuestión es que la referencia a este caso abre también y completamente las puertas al caso *Varnava y otros*, ya que los hechos generales eran coincidentes. La diferencia capital fue que en esta oportunidad el Tribunal sí examinó en detalle la cuestión de su competencia *ratione temporis*, ofreciendo una solución *novedosa* notablemente diferente a la mencionada *supra*. En realidad, podría decirse que en cierto modo las breves e idénticas decisiones de Sala (segunda sección) en los casos *Saydam Hüsnü Baybora y otros c. Chipre*¹²⁵ y *Lütfi Celul Karabardak y otros c. Chipre*¹²⁶, aun sin considerar la naturaleza continuada de los hechos de desaparición forzada, pareciera que avanzaban lo que sería la (nueva) posición del TEDH —y sus consecuencias—; pero lo cierto es que fue en el caso *Varnava y otros* cuando se desplegaría el conjunto de argumentos clave que aquí interesa.

Como ocurriera en el caso *Šilih*, en esta sentencia el Tribunal repasó la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos y sobre todo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto, ahora, a la desaparición forzada de personas¹²⁷; pero expresamente se separó de la solución construida en *Šilih*, explicando que hay una importante diferencia entre la obligación de investigar una muerte y la obligación de investigar una desa-

¹¹⁹ Decisión sobre admisibilidad de la Comisión Europea de 28 de junio de 1996, solicitud núm. 25781/94, p. 60.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 60-61. El subrayado es nuestro.

¹²¹ Véanse párrs. 129-130 de su informe de 4 de junio de 1999.

¹²² Caso *Chipre c. Turquía (GS)*, párrs. 103-104.

¹²³ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 4 de junio de 1999, solicitud núm. 25781/94, párrs. 219-225; caso *Chipre c. Turquía (GS)*, solicitud núm. 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001, párrs. 131-136. Para una posición parcialmente distinta, KYRIAKOU, N., *op. cit.*, nota 21.

¹²⁴ En lo que aquí ocupa, entre otros, DIJKSTRA, P., KLANN, H., RUIMSCHOTEL, R. y JNKOOP, M., «Enforced Disappearances as Continuing Violations», *Amsterdam International Law Clinic*, mayo de 2002, pp. 18 y ss.

¹²⁵ Caso *Saydam Hüsnü Baybora y otros c. Chipre*, solicitud núm. 77116/01, decisión sobre admisibilidad de 22 de octubre de 2002, véanse en especial pp. 4-5.

¹²⁶ Caso *Lütfi Celul Karabardak y otros c. Chipre*, solicitud núm. 76575/01, decisión sobre admisibilidad de 22 de octubre de 2002, véanse en especial pp. 4-5.

¹²⁷ Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párrs. 93-107.

parición¹²⁸. A saber: una desaparición forzosa es un fenómeno distinto, ya que la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a una situación continuada. En consecuencia, la obligación procesal de investigar persistirá potencialmente todo el tiempo que continúe sin aclararse la suerte de la persona desaparecida; resultando que la ausencia de la debida investigación se considerará una violación continuada, incluso cuando la muerte pudiera presumirse¹²⁹. Aun más, el TEDH aclararía también que tratándose de desapariciones la obligación procesal de investigar difícilmente puede finalizar con el descubrimiento del cuerpo o la presunción de la muerte, que sólo esclarece un aspecto de la suerte de la persona desaparecida; subsistiendo una obligación de explicar la desaparición y la muerte, así como de identificar y perseguir a sus posibles autores¹³⁰.

Así las cosas, esta completa y a mi entender acertada caracterización bien pudiera esperarse que habría de llevar, en la línea expuesta en el apartado 2 de este trabajo, a concluir que en consecuencia y como mínimo¹³¹, desde la fecha crítica y en adelante el TEDH se declararía competente sobre este hecho continuado. Siendo desde esta perspectiva irrelevante el momento en que la desaparición hubiera comenzado; esto es, como expresamente señaló el mismo Tribunal, que incluso a pesar de que como era el caso, un lapso de más de treinta y cuatro años sin noticias de los desaparecidos puede proporcionar una clara evidencia de que han muerto, ello no exime de la obligación procesal de investigar¹³². De hecho, y aunque no sea el objeto de este artículo realizar un análisis comparado¹³³, es conveniente recordar al menos que la Corte Interamericana a la que el TEDH se refiere, y en cuya jurisprudencia se apoya, así había y ha resuelto el particular. Al respecto, baste citar una sentencia reciente en la que en relación con una serie de desapariciones forzadas ocurridas entre 1980 y 1982, afirmó:

¹²⁸ El único juez que se opuso a esta distinción fue el juez *ad hoc* designado por Turquía, que en su voto disidente defendió la aplicación de la doctrina sentada en el caso *Şilih* para, obvia decirlo, concluir que el TEDH debiera haberse declarado incompetente por el tiempo transcurrido. *Ibid.*, pp. 75-88.

¹²⁹ *Ibid.*, párrs. 147-149.

¹³⁰ *Ibid.*, párr. 145.

¹³¹ Sobre el particular, GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, nota 11. Esta posición, por lo demás, deja en mayor evidencia decisiones como la relativa a los casos de desaparición que comenzaron antes de la creación de las Naciones Unidas (Doc. NNUU: E/CN.4/2003/70, 21 de enero de 2003, párr. 247). En el ámbito regional, caso *Blake c. Guatemala, Excepciones Preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, núm. 27; caso *Blake c. Guatemala, fondo*, sentencia de 24 de enero de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, núm. 36; y muy especialmente los votos particulares del Juez Cañado Trindade, especialmente a la sentencia sobre el fondo. En relación con el caso que estamos analizando, algunos trabajos han puesto el acento crítico en esta cuestión: COCONI ARAU, L., «Convergencias entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana: la cuestión de las desapariciones forzadas. El caso *Varnava c. Turquía*», en SAURA ESTAPÁ, J. (ed. y coord.), *Reconocimiento y Protección de Derechos Emergentes en el Sistema Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson, 2012.

¹³² Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párr. 146.

¹³³ Para una adecuada primera visión puede acudir a dos de los más recientes trabajos que contienen abundantes referencias al respecto: OTT, L., *op. cit.*, nota 24, pp. 35-130; VERMEULEN, M. L., *op. cit.*, nota 24, pp. 157-433.

«Guatemala reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de marzo de 1987, y en su declaración indicó que el Tribunal tendría competencia para los “casos acaecidos con posterioridad” a dicho reconocimiento [...]. Con base en ello [...] el Tribunal [...] tiene competencia para conocer de violaciones de derechos humanos de carácter continuado o permanente aunque el primer acto de ejecución haya tenido lugar antes de la fecha del reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte, si dichas violaciones persisten con posterioridad a dicho reconocimiento, puesto que se continúan cometiendo, de manera que no se infringe el principio de irretroactividad. [...]. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte tiene competencia para conocer los hechos y las presuntas violaciones de derechos humanos relativas a las desapariciones forzadas [...]; la falta de investigación imparcial y efectiva de los hechos...»¹³⁴.

Sin embargo, el TEDH al mismo tiempo que afirmaba lo señalado y hasta recogía una formulación en mi opinión correcta y que recuerda en mucho a aquella célebre frase del caso *De Becker*¹³⁵, se alejaría de todo ello estableciendo un requisito adicional respecto a su competencia. De nuevo, no referido al art. 34 del CEDH en conexión con el art. 35.3.d), sino ahora de la mano del art. 35.1. Así, de un lado indicaría que se ha mantenido que el plazo previsto en esa disposición no es aplicable a los hechos continuados, en tanto que en realidad ese plazo se reinicia cada día y sólo cuando la situación cesa comienza a correr el cómputo de los seis meses¹³⁶; pero a continuación señalaría que:

*«Not all continuing situations are the same; the nature of the situation may be such that the passage of time affects what is at stake. In cases of disappearances, just as it is imperative that the relevant domestic authorities launch an investigation and take measures as soon as a person has disappeared in life-threatening circumstances, it is indispensable that the applicants, who are the relatives of missing persons, do not delay unduly in bringing a complaint about the ineffectiveness or lack of such investigation before the Court. 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. Accordingly, 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»*¹³⁷.

Salta a la vista que este razonamiento es radicalmente diferente a lo que recogimos sobre el caso *Chipre*; resultando además llamativo el punto de partida de la argumentación que ahora despliega el TEDH, esto es, que no todos los hechos continuos son iguales. Esta afirmación, evidente en lo fáctico, a mi entender es difícil de encajar dentro de la teoría general que hemos expuesto en el segundo apartado de este trabajo. Dicho de otro modo, desde

¹³⁴ Caso *Masacres de Río Negro c. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, núm. 250, párrs. 37 y 38.

¹³⁵ Véase nota 54.

¹³⁶ Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párr. 159.

¹³⁷ *Ibid.*, párr. 161.

una perspectiva jurídica, lo que es necesario discriminar son como vimos los hechos instantáneos de los hechos continuos —así como de los hechos compuestos—, pero una vez calificado un compartimiento como continuado, que tras ello haya que realizar ulteriores distinciones, que además inciden en sus características y consecuencias jurídicas, parece algo ajeno, por decir lo menos, a lo analizado y concluido *supra*. De hecho, es un posicionamiento que abre la puerta a lo que el Relator Ago calificaba, como vimos, de «ilógico»¹³⁸. En consecuencia, más que pertinente fue el recordatorio expreso que se realizó en los votos particulares de los Jueces Ziemele, Spielman y Power al contenido del ya examinado art. 14.2 del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado¹³⁹.

Realmente, lo que estaría comenzando a apuntar el TEDH no es que en lo sustantivo todos los hechos continuados no sean iguales, sino que el modo en que interpretará su competencia sobre ellos es lo que va a ser diferente. De este modo, si en *Šilih* sería más bien difusa la discriminación entre la existencia de la obligación identificada, como tal, y la competencia temporal del Tribunal respecto a ella, en esta oportunidad el TEDH partió distinguiendo entre ambas cuestiones. Así, declarararía la existencia de una obligación de explicar la suerte y el paradero de la persona desaparecida, que se mantendrá en el tiempo hasta que tal cosa no ocurra, pero a renglón seguido apuntaría que no obstante ello, no se va a considerar competente más que en algunos casos. Esta postura tomaría cuerpo definitivo en los siguientes párrafos de la sentencia, pero ya aquí conviene indicar un par de cuestiones adicionales:

En primer lugar, el razonamiento del TEDH respecto a que el paso del tiempo puede disminuir —o eliminar—, las posibilidades de una investigación efectiva, parece que asume que la obligación procesal de investigar lo es de resultado, y no de medios; lo cual, obvia decirlo, resulta impensable¹⁴⁰. Dicho de otra forma, si frente a una desaparición forzada el Estado demuestra que ha realizado todos los esfuerzos posibles para investigarla en el sentido señalado, pero que el tiempo transcurrido, por ejemplo, ha hecho imposible culminar con éxito tal investigación, no habrá violación alguna del deber de investigar. Lo que el Estado debe es pues, si se prefiere, *intentar* llevar a cabo esa investigación, pero sostener de partida que si ha transcurrido más o menos tiempo la misma queda privada de significación y efectividad, con lo que ha de entenderse que ni tan siquiera es preciso hacer el más mínimo intento de llevarla adelante, resulta una posición difícil de asumir. Aún más, aunque luego volveremos a ello, una posición de tal cariz lo que a la postre podría estar alentando es que los Estados *sigan* sin realizar ninguna investigación frente a hechos continuados de desaparición forzada, por mucho que el Tri-

¹³⁸ *Supra* nota 62.

¹³⁹ Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, pp. 68, 72-73.

¹⁴⁰ Como no podría ser de otra manera, es jurisprudencia constante del mismo TEDH que esta «procedural obligation is not an obligation of result but of means only», por citar la formulación del propio caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, párr. 193.

bunal señale que es imperativo que las autoridades nacionales competentes lo hagan: pues si la desaparición ha *comenzado* hace un tiempo prolongado, de oficio cabría entenderla como inútil o innecesaria, con lo que frente a ello basta con *seguir* sin investigarla. Conclusión que dinamitaría, amén de la general obligación de cesación, el mismo sentido de la desaparición forzada como hecho continuado.

En segundo lugar, resulta también llamativo que en relación con la actitud de los familiares de un desaparecido se invoque la posible falta de diligencia o de iniciativa para buscar y recuperar a su ser querido; pues no otra cosa cabe entender que desean, por supuesto en general, pero también y en lo particular cuando en un momento u otro acuden finalmente al TEDH. Así, el mismo Tribunal parece quiso matizar lo anterior reconociendo que en estos casos, donde los familiares de las personas desaparecidas se encuentran en un estado de ignorancia e incertidumbre y las autoridades no proporcionan explicaciones sobre lo sucedido, la situación nunca es sencilla ni clara ¹⁴¹. Pero lo esencial es que pese a ello, y sobre la base de lo que sostenía en el párrafo antes citado, el TEDH concluiría:

«Nonetheless, the Court considers that applications can be rejected as out of time in disappearance cases where there has been excessive or unexplained delay on the part of applicants once they have, or should have, become aware that no investigation has been instigated or that the investigation has lapsed into inaction or become ineffective and, in any of those eventualities, there is no immediate, realistic prospect of an effective investigation being provided in the future. Where there are initiatives being pursued in regard to a disappearance situation, applicants may reasonably await developments which could resolve crucial factual or legal issues. Indeed, as long as there is some meaningful contact between families and authorities concerning complaints and requests for information, or some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures, considerations of undue delay will not generally arise. However, where there has been a considerable lapse of time, and there have been significant delays and lulls in investigative activity, there will come a moment when the relatives must realise that no effective investigation has been, or will be provided. When this stage is reached will depend, unavoidably, on the circumstances of the particular case» ¹⁴².

La pregunta inmediata sería pues: ¿Cuándo o en base a qué puede concluirse que ha llegado el momento en que los familiares debieron darse cuenta de que no habría, ni habrá, una investigación efectiva? El Tribunal respondería sosteniendo que en situaciones complejas, como la que le ocupaba —contexto de un conflicto internacional—, en las que se alega que ninguna investigación se estaba llevando a cabo y no existen contactos verdaderos con las autoridades: *«It may be expected that the relatives bring the case within, at most, several years of the incident»* ¹⁴³. Ahora, si se ha llevado a cabo alguna suerte de investigación, aunque sea de forma esporádica y tropieza con obstáculos o dificultades, los familiares *«may reasonably wait some years longer*

¹⁴¹ Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párr. 162.

¹⁴² *Ibid.*, párr. 165.

¹⁴³ *Ibid.*, párr. 166.

*until hope of progress being made has effectively evaporated»*¹⁴⁴. Pero en todo caso: «*[w]here more than ten years has elapsed, the applicants would generally have to show convincingly that there was some ongoing, and concrete, advance being achieved to justify further delay in coming to Strasbourg»*¹⁴⁵. Y todo ello, no obstante, señalando que serían de aplicación condiciones (o límites) más estrictos cuando los demandantes tuvieran acceso directo a las autoridades de investigación¹⁴⁶.

Llevando al caso lo anterior, el TEDH concluyó que aunque habían transcurrido quince años desde que las desapariciones comenzaron, y la presentación de las demandas (25 de enero de 1990), los demandantes podían, en la situación excepcional de conflicto internacional donde no existen procedimientos normales de investigación, esperar razonablemente el resultado de las iniciativas adoptadas por su Gobierno y las Naciones Unidas. Y a partir de ello señaló estar convencido de que a finales de 1990 debió haber quedado claro que la problemática, la naturaleza no vinculante y confidencial de estos procesos ya no ofrecían ninguna esperanza realista de que progresasen en un futuro próximo. En consecuencia, afirmó que como los demandantes acudieron al Tribunal en enero de 1990, lo hicieron «*with reasonable expedition for the purposes of Article 35.1»*¹⁴⁷. Este razonamiento, apuntemos, le valdría también para *confirmar* las decisiones de inadmisión de los ya citados *Saydam Hüsnü Baybora y otros* y *Lütfi Celul Karabardak y otros*, no por el momento en que las desapariciones comenzaron, sino porque las demandas se presentaron en 2001 sin que a su juicio, durante los años transcurridos se dieran «*events capable of suspending the running of time»*¹⁴⁸. Ello así sin olvidar que en estas decisiones ni se consideró el carácter autónomo ni continuado de la obligación procesal de investigar.

A la vista de lo anterior, debemos insistir en que si la desaparición forzada es un hecho ilícito continuado, persiste mientras no haya investigación, e igualmente debería ocurrir con la posibilidad de acudir al TEDH; pues como destacó el Juez Ziemele: «*The issue is not whether there is an event suspending the running of time [...]; it is whether there is an event which makes the six months begin to run»*¹⁴⁹.

Así las cosas, aunque como se ha mantenido esta sentencia confirmó definitivamente el carácter continuado de la desaparición forzada y de la obligación de investigar, presentarla como una evidencia clave para contrarrestar limitaciones a la competencia temporal de órganos como el Comité contra la Desaparición Forzada¹⁵⁰ requiere como mínimo de una matización impor-

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Ibid.*, párr. 170.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 171. Sobre estas decisiones, notas 125 y 126.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 73.

¹⁵⁰ Por ejemplo, OTT, L., *op. cit.*, nota 24, pp. 288-289. En lo institucional, informe de Christos Pourgourides al Committee on Legal Affairs and Human Rights de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Documento: AS/Jur (2011) 45, de 4 de noviembre de 2011, p. 22. Esta posición se

tante. En lo sustantivo, estas posiciones pueden compartirse, pero mediante las sobrevenidas restricciones señaladas en lo procedimental, en la capital de determinación de la competencia *ratione temporis* respecto a las desapariciones forzadas, la construcción del TEDH termina a mi entender por, bien erosionar el verdadero sentido y consecuencias de su naturaleza continuada, bien desdibujar o vaciar su auténtico contenido. Por ello, en mi opinión es completamente suscribible lo afirmado por los votos particulares de los Jueces Spielman, Power y Ziemele: por citar a los dos primeros, que «[a] continuing violation such as occurs when a State fails to investigate or account for enforced disappearances does not cease by the passage of time to be a continuing violation»¹⁵¹. Lo que el TEDH concluyó es, en fin, que esa violación continuada existe, pero que solamente se considera competente sobre ella dentro de los límites temporales que erige vía el art. 35.1 CEDH; y ello así, y a diferencia de lo esgrimido en *Šilih*, justificando esta (nueva) auto-limitación además de en el principio de seguridad jurídica, en el práctico y eficaz funcionamiento del mecanismo de la Convención¹⁵². Frente a ello cabría recordar los propios cauces ya previstos en el sistema, como las conocidas como «sentencias piloto» del art. 61 del Reglamento del Tribunal¹⁵³; y de cualquier modo habría que alegar que como bien se ha destacado, amén de que los argumentos de «economía procesal» resultan poco edificantes ante mecanismos de protección de los derechos humanos¹⁵⁴, la no aplicación de limitaciones temporales respecto a las infracciones de las obligaciones internacionales que tienen un carácter continuado, sobre todo cuando se trata de hechos como la desaparición forzada, sirve también al capital propósito de prevenir esos actos y evitar la impunidad¹⁵⁵.

Con todo, ciertamente no hubo que esperar mucho para constatar las consecuencias para el práctico y eficaz funcionamiento del mecanismo de la Convención de los límites marcados en *Varnava y otros*. Apenas dos meses después el TEDH declarararía inadmisibles cincuenta demandas presentadas contra Turquía argumentado que:

«...the applicants applied to the Court between 17 November 2004 and 6 August 2009¹⁵⁶. In light of the Court's conclusion in *Varnava*, the applications must be taken to have been lodged out of time unless in the specific circumstances of

recogería en la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1868 (2012), de 9 de marzo de 2012.

¹⁵¹ Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, p. 69. Con un desarrollo más extenso, pero totalmente coincidente, voto del Juez Ziemele, en pp. 72-73. En sentido contrario, voto concurrente del Juez Villiger, *ibid.*, p. 74.

¹⁵² *Ibid.*, párr. 151.

¹⁵³ En versión electrónica, el Reglamento del TEDH se encuentra disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

¹⁵⁴ KYRIAKOU, N., *op. cit.*, nota 21.

¹⁵⁵ En la doctrina, por ejemplo VAN PACHTENBEKE A. y HAECK, Y., *op. cit.*, nota 2, p. 56; en el seno del TEDH, voto concurrente del Juez Ziemele, caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, pp. 72-73.

¹⁵⁶ Junto a la decisión sobre estas cuarenta y nueve demandas, en la misma fecha se inadmitió, por idénticos motivos, otra presentada en 1999. Véase *Christos Karefyllides y otros c. Turquía*, solicitud núm. 45503/99, decisión sobre admisibilidad de 1 de diciembre de 2009, en especial pp. 4-9.

individual cases it is shown that since the end of 1990 there was some ongoing, and concrete, advance being achieved to justify further delay in coming to Strasbourg [...] there is no evidence in the present applications of any activity post-1990 which could have provided to the applicants some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures in relation to their relatives' disappearances and which could have justified a further lapse of fourteen years or more in coming to Strasbourg. It follows that the applications were introduced out of time...»¹⁵⁷.

3.3. Del desarrollo posterior de la doctrina sentada en los casos *Šilih* y *Varnava* y otros hasta su aplicación conjunta en el caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*

Apenas un mes después de la sentencia en *Varnava* y otros, el TEDH resolvió un nuevo asunto que presentaba una cuestión similar a la que enfrentó en *Šilih*, aunque en esta oportunidad las muertes se habían producido no un año, sino cinco antes de la entrada en vigor del CEDH¹⁵⁸. Tres meses después, otro caso plantearía el mismo particular, habiéndose producido la muerte siete años antes de la aceptación del Estado de la competencia (entonces de la Comisión) respecto a demandas individuales¹⁵⁹. Volvía pues a ponerse sobre la mesa la dimensión temporal del vínculo real que había señalado la Gran Sala; resultando que en estos dos casos el Tribunal declaró que tenía competencia *ratione temporis* sobre la obligación procesal de investigar en tanto que las actuaciones ante los tribunales penales y civiles, con excepción de las investigaciones preliminares, se habían iniciado y llevado a cabo tras la fecha crítica¹⁶⁰. En consecuencia, frente a lo que pareció establecerse como un requisito doble, el acento se puso en la exigencia prioritaria de que la mayor parte de los acontecimientos clave de la investigación se hubieran producido después de la fecha crítica; siempre y cuando, al menos y hasta el momento, entre ésta y la muerte en cuestión no hubieran transcurrido más de siete años. Si bien, posteriormente y como veremos, el TEDH soslayará finalmente cualquier referencia temporal específica, señalando que el lapso de tiempo entre la muerte y la fecha crítica debe ser «razonablemente breve»; y siendo así: «*The fact that all the major events of the investigation occurred after the ratification date was sufficient to establish the Court's temporal jurisdiction*»¹⁶¹.

¹⁵⁷ Solicitudes 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, p. 5.

¹⁵⁸ Caso *Agache* y otros c. *Rumanía*, solicitud núm. 2712/02, sentencia de 20 de octubre de 2009.

¹⁵⁹ Caso *Tuna* c. *Turquía*, solicitud núm. 22339/03, sentencia de 10 de enero de 2010.

¹⁶⁰ Caso *Agache* y otros c. *Rumanía*, párrs. 71-73; caso *Tuna* c. *Turquía*, párrs. 61-63.

¹⁶¹ Caso *Janowiec* y otros c. *Rusia*, párr. 134.

Del otro lado, hay que referir los casos *Anastasia Inoannou Iacovou* y otros *c. Turquía*¹⁶² y *Açış c. Turquía*¹⁶³. Comenzado a efectos expositivos por el segundo, se trataba de un asunto relativo, en lo que aquí interesa, a la falta de investigación por parte de las autoridades turcas de una *desaparición forzada*¹⁶⁴ que había comenzado en junio de 1992; esto es, ya también tras la fecha crítica identificada *supra* respecto a Turquía. Sobre el mismo, el TEDH mantuvo:

«*En ce qui concerne le grief des requérants tiré du manque d'effectivité de l'enquête menée sur l'enlèvement litigieux, la Cour rappelle les principes énoncés dans l'arrêt Varnava et autres [...]. En l'espèce, elle note que les requérants ont saisi la Cour environ douze ans et six mois après l'enlèvement de leur proche, que les intéressés avaient de véritables contacts avec les autorités, et ce dès le début de l'enquête, et qu'ils ont été régulièrement informés sur le maintien en otage d'I.A. par le PKK et sur la poursuite de l'enquête relative à son enlèvement. Elle observe que, s'il est certes difficile de déterminer avec exactitude quand les requérants ont perdu l'espoir de voir l'enquête progresser, en tout état de cause les requérants n'ont aucunement démontré que des progrès concrets avaient été accomplis dans l'enquête qui auraient justifié leur saisine de la Cour après plus de dix ans*»¹⁶⁵.

El límite que marcaba lo que el Juez Sajó calificó en su voto concurrente en *Er y otros c. Turquía* como «cifra mágica» de los diez años¹⁶⁶ volvería pues a hacerse presente, con un cariz cada vez más automático. Así, pese a volver a reconocer que es difícil determinar exactamente cuándo los solicitantes han debido de perder la esperanza de que la investigación fuera a dar sus frutos, se ofrecía de inmediato la respuesta: sin lugar a dudas, pasados diez años. Junto a ello, en este caso se avanzó también algo que será completamente identificable en el siguiente asunto que examinaremos en detalle; a saber, la desestimación de las distintas acciones realizadas en el orden interno como hechos que pudieran, bien suspender el cómputo irreversible de los diez años, bien al menos ponderar su inicio o evolución, en lo que respecta a la obligación procesal del art. 2¹⁶⁷. Ello así en tanto que desde el principio y hasta el 11 de agosto de 2004 los demandantes llevaron a cabo diversas actuaciones frente a las que las autoridades, junto a proporcionarles alguna información general, respondieron que la investigación estaba todavía en curso¹⁶⁸. De nuevo, la duda que asalta es entonces: ¿Por qué lo harían si para junio de 2002 *debían haber tenido conocimiento* de que la investigación había llegado a ser ineficaz? ¿No se habían dado ya cuenta de lo que el TEDH señalaría como *evidente*, más de cuatro años y medio después de que presentasen su demanda, por lo demás?

¹⁶² Caso *Anastasia Inoannou Iacovou* y otros *c. Turquía*, solicitudes núms. 24506/08, 24730/08, 60758/08, decisión sobre admisibilidad de 5 de octubre de 2010.

¹⁶³ Caso *Açış c. Turquía*, solicitud núm. 7050/05, sentencia de 1 de febrero de 2011.

¹⁶⁴ Los responsables del hecho no fueron órganos del Estado turco, sino miembros del PKK.

¹⁶⁵ Caso *Açış c. Turquía*, párr. 41.

¹⁶⁶ Caso *Er y otros c. Turquía*, solicitud núm. 23016/04, sentencia de 31 de julio de 2012, p. 25.

¹⁶⁷ Caso *Açış c. Turquía*, párrs. 6-22, 37-43. Solución distinta fue la que adoptó respecto al art. 3 del CEDH: *ibid.*, párrs. 44-45.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 8-12.

Lo más reseñable del caso *Anastasia Inoannou Iacovou y otros* se relaciona precisamente con lo anterior. Al ser las desapariciones coetáneas a las de *Varnana y otros* y habiéndose presentado las demandas en 2008, la respuesta general del Tribunal fue la esperable¹⁶⁹, pero a diferencia del caso *Varnana y otros*, donde la aparición de los restos de uno de los demandantes en 2007 no recibió atención apreciable¹⁷⁰, en esta oportunidad el TEDH señaló que en tanto la demanda se refería también a la falta de investigación por parte de las autoridades turcas a raíz del descubrimiento de los restos de su familiar en el año 2008, este dato pareciera que pudiera entenderse como un «hecho nuevo». Valoración que en el caso podría modificar su apreciación general, con lo que remitió este aspecto, en virtud del art. 54.2.b) del Reglamento del TEDH, al Estado de Turquía¹⁷¹.

Poco más de un año después de la sentencia en *Açış*, se conoció la decisión del TEDH en el caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz*. En él los hechos se referían a una desaparición forzada que había comenzado en 1936, señalándose una serie de primeras actuaciones judiciales llevadas a cabo por la familia a partir de 1979 y hasta 1993, a las que seguirían otras también ante la jurisdicción penal a partir de 2006¹⁷². Expresamente sostenían los demandantes que las violaciones del CEDH que alegaban tenían carácter permanente y que en tanto continuaba la situación, el plazo de seis meses no debía ser aplicado¹⁷³. El Tribunal enfrentó el análisis de este caso utilizando las dos vías que marcaban las decisiones de la Gran Sala en *Şilih* y en *Varnava y otros*. Así, en primer lugar y tomando como hipótesis de trabajo que la persona desaparecida hubiera fallecido en 1936¹⁷⁴, el TEDH destacó como punto de partida lo que sigue:

«*The Convention entered into force in respect of Spain only on 4 October 1979*¹⁷⁵, more than forty-three years after the events. It is not for the Court to establish what occurred in 1936 and such events are outside the Court's temporal jurisdiction...»¹⁷⁶.

A partir de ello, resumió lo afirmado en *Şilih*¹⁷⁷, e invocando el principio de seguridad jurídica concluyó que:

¹⁶⁹ Caso *Anastasia Inoannou Iacovou y otros c. Turquía*, p. 4. Confróntese en relación con el art. 3 del CEDH, nota 167.

¹⁷⁰ Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párrs. 83-84.

¹⁷¹ Caso *Anastasia Inoannou Iacovou y otros c. Turquía*, p. 4.

¹⁷² Caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, párrs. 4-24.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 30. De otro lado, véase también párr. 26.

¹⁷⁴ Basándose para ello en una decisión del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Málaga que había confirmado que Luis Dorado Luque había desaparecido, ordenando la inscripción de su fallecimiento en el Registro Civil con fecha de fallecimiento de 30 de julio de 1936. *Ibid.*, párrs. 9 y 33.

¹⁷⁵ La aceptación de la competencia de España respecto a demandas individuales fue a partir de 1 de julio de 1981, en los siguientes términos: «En nombre del Gobierno español, declaro reconocer [...] la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que, con motivo de actos, decisiones, hechos o acontecimientos posteriores a dicha fecha se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio». Véase *BOE* de 30 de junio de 1981.

¹⁷⁶ Caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, párr. 34.

¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 35.

«...the applicants' procedural complaint is related to an event which preceded the adoption of the Convention on 4 November 1950 by fourteen years and its ratification by Spain on 4 October 1979 by forty-three years (contrast *Šilih* and *Association 21 December 1989 and Others v. Romania* [...] where the lapse of time between the deaths and the entry into force of the Convention was much shorter [...]). In these circumstances, it is difficult to conclude that there is a genuine connection between the death of the applicants' relative (1936) and the entry into force of the Convention in respect of Spain...»¹⁷⁸.

Lo que señalamos como dimensión temporal del vínculo real que había establecido la Gran Sala resurgiría ahora como argumento más visible. Aunque el TEDH omitió referencias a casos como *Tuna*¹⁷⁹, identificando además 1979 como fecha crítica y no el 1 de julio de 1981¹⁸⁰, lo más reseñable es que no aparecerá ya como un dato relevante el hecho más que probable de que la mayoría de las investigaciones exigidas debieran haberse producido tras la fecha crítica. Ello así porque algunos párrafos después el TEDH afirmaría ser consciente de las dificultades de los demandantes para presentar su caso ante los tribunales españoles, incluso después del final del régimen de Franco¹⁸¹. De este modo, aunque no se especificó un momento concreto, parece poderse deducir que en el mejor de los casos esas investigaciones debidas habrían podido —o tenido que— iniciarse sólo a partir de mediados o finales de la década de los años setenta. Cuestión que el TEDH no pareció tomar en cuenta en el razonamiento que mantuvo en este primer momento.

Con todo, lo que acabamos de mencionar respondía a la parte de la decisión en la que tras descartar la admisión por la vía sentada en *Šilih*, se pasaría a examinar los hechos a partir de lo dispuesto en *Varnava y otros*. En otras palabras, lo que en realidad era, una demanda por desaparición forzada. No obstante, el Tribunal comenzaría afirmando que incluso en tal caso, la demanda era inadmisibile¹⁸². Tras reproducir los párrafos ya comentados de *Varnava y otros*, el argumento central en este punto se concentró en las siguientes líneas:

«...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

¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 36.

¹⁷⁹ Véase nota 159.

¹⁸⁰ Véase nota 176.

¹⁸¹ Caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, párr. 39.

¹⁸² *Ibid.*, párr. 37.

*missing relative in the near future. However, [...] 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...»*¹⁸³.

Sin volver al sentido e implicaciones de estas referencias temporales, apuntar que a diferencia de la serie de casos en relación con Chipre-Turquía, el TEDH no aclaró aquí a partir de qué momento habría que entender que, bien se iniciaba, bien concluía el cómputo temporal en cuanto a los requisitos fijados para su competencia *ratione temporis*. Si bien, de lo reproducido cabe extraer que no sería desde el *comienzo* de la desaparición forzada, sino quizás a partir «incluso del final del régimen de Franco». De otro lado, conviene destacar de nuevo la contradicción interna que plantea que se concluya que para los demandantes debía de haber sido evidente que no había ninguna esperanza realista de que se lograra la localización del cuerpo y la determinación de la suerte de la persona desaparecida, con la serie de actuaciones que realizaron ante los tribunales de justicia, como ya apuntamos, durante años. Por decirlo en corto, cabría otra vez preguntarse por qué o para qué los demandantes acudieron entonces a los tribunales españoles si ya debió ser evidente, desde hacía un prolongado —e indeterminado— periodo de tiempo, que no iba a lograrse absolutamente nada de ello. Al respecto, el TEDH realizaría un breve comentario sobre algunas de estas acciones judiciales, especialmente de las activadas ante la jurisdicción penal que acabarían con la desestimación del consecuente recurso de amparo en abril de 2008, así como de las realizadas ante la Audiencia Nacional que concluirían con la inhibición de la causa a favor de los Juzgados territoriales a fines de 2008-inicios de 2009. Pero sobre todas ellas, también sobre la inicial declaración de competencia acordada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5¹⁸⁴, entendería que aunque la jurisprudencia del Tribunal señalara, como vimos, que cuando aparecen nuevas pruebas o información surgen nuevas obligaciones de investigación, nada de lo obtenido por los demandantes entre 2006 y 2008 les había dado perspectiva alguna de obtener nuevas medidas de investigación¹⁸⁵.

Por todo ello, en suma, el TEDH decidió que la demanda interpuesta al amparo del art. 2 del CEDH fue presentada fuera de plazo y debía ser inadmitida¹⁸⁶.

¹⁸³ *Ibid.*, párr. 39.

¹⁸⁴ El Tribunal calificaría este hecho como la apertura de una «*investigation on the disappearances which took place during and after the Civil War, including that of the applicants' relative*», *ibid.*, párr. 40. Sobre las actuaciones ante los tribunales españoles, incluyendo las llevadas a cabo por los demandantes en este caso, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Bilbao, Ed. Universidad de Deusto, 2012.

¹⁸⁵ Caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, párr. 41.

¹⁸⁶ *Ibid.*, párr. 42.

3.4. La necesidad de asegurar que las garantías y los valores en los que se funda el CEDH estén protegidos de una manera real y eficaz: el caso *Janowiec y otros c. Rusia*

El caso *Janowiec y otros* pondría sobre la mesa la cuestión final que hasta el momento permanecía ignota. Así, la construcción realizada por el TEDH se había ido, bien desarrollándose, bien concretándose progresivamente, pero nunca se había abordado la excepción general ya señalada en *Šilih*. En consecuencia, resultaban completamente desconocidos tanto el contenido como la operatividad de que en determinadas circunstancias el vínculo exigido podía también basarse en la necesidad de asegurar que las garantías y los valores en los que se funda el CEDH estén protegidos de una manera real y eficaz. El caso *Janowiec y otros* enfrentaría finalmente este particular.

Los hechos se referían a la tristemente célebre masacre del bosque de Katyń, y en lo que nos ocupa, al incumplimiento de la obligación procesal de investigarla por parte de las autoridades soviéticas/rusas. Se presentaban pues unos hechos que se *habían producido* cincuenta y ocho años antes de la ratificación del CEDH por parte de Rusia. En la demanda se ponía mayor acento en su calificación como ejecuciones, y no como desapariciones forzadas, aunque sin descartar tal carácter y consecuencias¹⁸⁷, pero literalmente se señalaba que:

*«If the Katyń case were to be treated as a “confirmed death case” [...] the obligation under Article 2 to carry out an effective investigation into the Katyń massacre should be analysed in the light of the “need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner” [...]. In that case the proportion of procedural steps undertaken before or after the “critical date” [...] was not relevant for determining the Court’s jurisdiction ratione temporis. As the mass killings of Polish citizens constituted both a war crime and a crime against humanity, they were to be characterised as contrary to the very foundations of the Convention»*¹⁸⁸.

A pesar de que el Tribunal reconoció expresamente que sólo tres de los familiares de los demandantes habían sido encontrados¹⁸⁹, prácticamente desde el comienzo —y hasta el final—, su perspectiva sería la propia a considerar los hechos, no como desapariciones sino como muertes; esto es, el examen se mantuvo en la doctrina sentada en *Šilih*. Ello sobre la base de que a la luz de «la evidencia histórica», el TEDH estimó que el caso se refería a las muertes de los familiares de los demandantes producidas en 1940¹⁹⁰. De este modo, en relación con el art. 2 del CEDH no se hizo mención alguna a la doctrina sentada en *Varnava y otros* ni a las alegaciones que al respecto hicieron los demandantes¹⁹¹. En consecuencia, de inicio y en la línea ya identificada, tras

¹⁸⁷ Caso *Janowiec y otros c. Rusia*, párr. 121.

¹⁸⁸ *Ibid.*, párr. 119.

¹⁸⁹ *Ibid.*, párr. 136.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Supra* nota 189.

reproducir los párrafos clave de *Šilih*, el hecho de que hubieran transcurrido cincuenta y ocho años desde esas «muertes» y la ratificación del CEDH por parte de Rusia supondría, obvia decirlo, la desestimación de que existiera el vínculo real requerido¹⁹². Aun así, es destacable que en esta oportunidad se llevó a cabo un examen más detallado respecto a las actuaciones que se alegaban posteriores a 1998; si bien, para el Tribunal tampoco satisfacían la general exigencia establecida en *Šilih*¹⁹³.

No obstante, lo realmente novedoso fue la expresa demanda de que el vínculo entre las muertes y la fecha crítica se entendiera satisfecho sobre la base de la necesidad de asegurar la protección efectiva de las garantías y los valores subyacentes del Convenio. A tal efecto, el TEDH comenzaría por indicar que esta referencia supone que para que esta conexión se establezca los hechos en cuestión deben ser de una dimensión mayor que un delito común, constituyendo una negación de los fundamentos del CEDH; como por ejemplo, citó expresamente, sería el caso de los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad¹⁹⁴. No cabe duda de los hechos acaecidos en el bosque de Katyń son así calificables, como por lo demás el mismo TEDH reconocería¹⁹⁵, pero a partir de esta premisa se construiría un razonamiento cuyo punto de partida fue el siguiente:

*«Although such crimes are not subject to a statutory limitation by virtue of the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity [...], it does not mean that the States have an unceasing duty to investigate them»*¹⁹⁶.

Conviene detenerse un instante en este punto, pues la resolución final a mi entender se basaría esencial, o exclusivamente, en esta apreciación. Lo primero, hay que recordar que en *Šilih* los Jueces Zagrebelsky, Rozakis, Cabral Barreto, Spileman y Sajó identificaron en su voto particular a los crímenes no sujetos a prescripción como aquéllos sobre los que no era presumible limitación alguna en cuanto al periodo temporal en que pudiera esperarse que las autoridades tomasen las medidas precisas para investigarlos¹⁹⁷. Pero para el Tribunal, en esta oportunidad que los crímenes (de guerra o contra la humanidad) sean imprescriptibles no significa que el Estado tenga la obligación de investigarlos *incesantemente*. De esta posición surge la pregunta inmediata: entonces, ¿cuándo ha de cesar el Estado de investigar esos crímenes? Desde luego, la respuesta no pudiera ser cuando hubieran prescrito, ni tampoco ninguna otra limitación en el tiempo, pero el hecho es que el TEDH no dará mayores explicaciones que la frase reproducida, a partir de la cual concluiría:

«Nevertheless, the procedural obligation may be revived if information purportedly casting new light on the circumstances of such crimes comes into the public

¹⁹² Caso *Janowiec y otros c. Rusia*, párr. 137.

¹⁹³ *Ibid.*, párr. 138.

¹⁹⁴ *Ibid.*, párr. 139.

¹⁹⁵ *Ibid.*, párr. 140.

¹⁹⁶ *Ibid.*, párr. 139.

¹⁹⁷ Caso *Šilih c. Eslovenia (GS)*, p. 55.

domain after the critical date. It cannot be the case that any assertion or allegation can trigger a fresh investigative obligation under Article 2 of the Convention. Given the fundamental importance of this provision, the State authorities must be sensitive to any information or material which has the potential either to undermine the conclusions of an earlier investigation or to allow an earlier inconclusive investigation to be pursued further [...]. Should new material come to light in the post-ratification period and should it be sufficiently weighty and compelling to warrant a new round of proceedings, the Court will have temporal jurisdiction...»¹⁹⁸.

De este modo, lo que finalmente se estableció es en realidad un nuevo requisito, una exigencia adicional: en los supuestos en que el vínculo se encuentre en la necesidad de asegurar las garantías y los valores en los que se funda el CEDH sería preciso *además* que aparezca o se haga pública tras la fecha crítica nueva información suficientemente importante y convincente. En caso contrario, el vínculo exigido no se verá satisfecho; como entendió que precisamente ocurría en este caso, lo que le llevó a declararse incompetente *ratione temporis* respecto a la obligación procesal del art. 2 del CEDH¹⁹⁹. Obviamente, la cuestión es entonces: qué añade la vía señalada como último potencial vínculo real; es decir, en qué se concreta realmente que el vínculo entre las muertes y la entrada en vigor del CEDH se satisface con la necesidad de asegurar la protección efectiva de las garantías y los valores subyacentes de la Convención. Máxime porque lo que el Tribunal señalaba aquí es realmente una copia literal de lo que mantuvo en el caso *Brecknell c. Reino Unido*²⁰⁰; esto es, una decisión de 2007, que es tanto como decir la posición mantenida por el TEDH antes de todo lo sostenido en *Šilih* y desarrollado posteriormente. Así la cosas, si lo que ya estaba claramente establecido tiempo atrás es lo que también se exige en este caso: ¿Qué aporta que se esté también ante unos hechos que constituyan una negación de los fundamentos mismos del CEDH? En lo que aquí estamos examinando, a mi entender bien puede concluirse que nada.

En el voto parcialmente discrepante de los Jueces Spielmann, Villinger y Nussberger se puso especial acento (también) en la ausencia de consideración de la actitud de las autoridades rusas tras la fecha crítica²⁰¹; debiendo apuntar que resulta especialmente llamativo que en la línea apuntada —de hecho con referencia al ya comentado caso *Açış*, pero de una manera *novedosa*—, la mayoría del Tribunal sí la tomó en cuenta en relación con el art. 3. Ello así aunque el mismo TEDH había descartado, ya vimos, la calificación de los hechos como desapariciones forzadas²⁰².

A petición de los demandantes, el 24 de septiembre de 2012 se aceptó la remisión de este caso a la Gran Sala, cuya resolución se prevé para no antes

¹⁹⁸ Caso *Janowiec y otros c. Rusia*, párr. 139.

¹⁹⁹ *Ibid.*, párrs. 140-142.

²⁰⁰ Caso *Brecknell c. Reino Unido*, solicitud núm. 32457/04, sentencia de 27 de noviembre de 2007, párr. 70.

²⁰¹ Caso *Janowiec y otros c. Rusia*, en especial pp. 58-62.

²⁰² Al respecto, voto parcialmente discrepante de los Jueces Jungwiert y Kovler, caso *Janowiec y otros c. Rusia*, p. 64.

de finales de 2013²⁰³. Aunque no cabe ser muy optimista, habrá que esperar, visto todo lo visto, qué nos deparará su sentencia.

4. PUNTO DE LLEGADA: EL CASO CANALES BERMEJO C. ESPAÑA. VALORACIÓN FINAL

Ante el panorama analizado, puede no resultar extraño que se haya afirmado que gran parte de la construcción del TEDH ha supuesto «*la création d'un régime source d'incertitudes*»²⁰⁴. En mi opinión, no obstante, ha sido algo más que ello, o mejor dicho algo diferente. No cabe duda de que los requisitos que el Tribunal consideró exigibles en *Šilih* ofrecían un escenario de muy compleja concreción; lo que es igualmente sostenible, aunque quizás en medida menor, respecto a *Varnava y otros*. Sin embargo, tanto el desarrollo posterior como los más recientes ejemplos muestran cómo parece haberse consolidado una suerte de doctrina general de automática aplicación. Para muestra, un botón final:

El 8 de noviembre de 2012 el TEDH resolvió el caso *Canales Bermejo c. España*. Los hechos se referían a una desaparición forzada que comenzó en 1936 y entre otras cosas se alegaba la vulneración de la obligación procesal del art. 2 del CEDH. En esta demanda se acreditaban pericialmente las causas que hicieron imposible que el demandante acudiera a los tribunales tras la reinstauración de la democracia en España; se señalaba la debida diligencia del demandante en los años siguientes y la información que había ido consiguiendo; tras ello, se explicaban los motivos por los que no era posible para el demandante concluir que no había esperanza alguna de actividad del Estado hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012; y finalmente se indicaba que consolidada esa certeza se interpuso la demanda ante el TEDH en el plazo de seis meses²⁰⁵. Frente a todo ello, y en menos de un mes tras la formalización de la demanda, el Tribunal decidió al respecto con el siguiente y único párrafo:

«A la luz del conjunto de elementos en su posesión y en la medida en que es competente para decidir sobre las quejas formuladas, el Tribunal ha considerado que su demanda no cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 34 y 35 del Convenio (véase *mutatis mutandi*, *Gutiérrez Dorado et Dorado Gutiérrez c. Espagne*)»²⁰⁶.

Al margen de las consideraciones que podrían hacerse en cuanto al art. 45.1 del CEDH, máxime al no estar presente todo lo anterior en el caso citado, lo que deja patente estas líneas es que la serie de *novedosos*, y durante largo tiempo sobrevenidos, requisitos erigidos por el TEDH sobre la base de

²⁰³ Para más datos, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/The+Court/The+Grand+Chamber/faq.htm>.

²⁰⁴ SURREL, H., *op. cit.*, nota 18, p. 287.

²⁰⁵ La demanda y los informes periciales pueden consultarse en http://ris.hrahead.org/casos/_caso-canales-bermejo-c-espana-tedh/documentacion-del-caso.

²⁰⁶ Caso *Canales Bermejo c. España*, p. 1.

difusos conceptos como «vínculo real», «debida diligencia» de las víctimas o «retraso excesivo e injustificado» de los demandantes han fraguado en una suerte de solución indefectible. Así, frente a las indicaciones del Tribunal de que los demandantes han de explicar «*why they waited such a long time before [...] lodging an application with the Court*»²⁰⁷, se opone la general doctrina de los límites (auto)impuestos a su competencia *ratione temporis*, sin más.

Esta doctrina se basa en dos pilares: de un lado, el formal reconocimiento de la obligación procesal de investigar del art. 2 como autónoma y continuada; pero del otro, en el establecimiento de un conjunto de exigencias temporales, en general o de la mano de lo que se considera realmente como la «*interference*» efectiva, para admitir la competencia del Tribunal sobre ella. Exigencias cuyo encuadre en la teoría general al respecto resulta cuando menos difícilmente compartible, desvirtuando cuando no vaciando de contenido el auténtico sentido y consecuencias de los hechos continuados. Por no decir que son, en todo o en parte, «ilógicas» siguiendo las palabras del Relator Ago²⁰⁸.

A su vez, algunos de estos requisitos, sobre todo que el vínculo exigido puede encontrarse en la necesidad de asegurar que las garantías y los valores en los que se funda el CEDH estén protegidos de una manera real y eficaz —formulación que ya en su momento se calificó de délfica—²⁰⁹, a la hora de la verdad no parecen tener significado propio. Otros se han sustanciado en la elección de unos límites temporales que de los seis meses del art. 35.1 del CEDH nos han llevado hasta el plazo de «varios años»; para finalmente cerrarse en cualquier caso llegada la cifra aleatoria o «mágica»²¹⁰ de una década.

Aunque para justificar todas estas limitaciones el argumento común ha sido la invocación del principio de seguridad jurídica, a mi entender todos ellos descansan en una concreta convicción de fondo acerca de «*the practical and effective functioning of the Convention system*», por citar la fórmula que se avanzara en la sentencia de Sala (tercera sección) en el caso *Varnava y otros*²¹¹. Dicho de otro modo, ante los números que ya apuntamos al comienzo²¹², a donde el TEDH parece haber querido llegar es a una suerte de solución de compromiso, en la que sin mantenerse al margen de la posición adoptada por otros órganos de protección de los derechos humanos en lo sustantivo, ha pretendido imponer una serie de límites en lo procesal para minimizar el posible número de casos que hubiera estado llamado a tener que atender. Al respecto, algunos autores se han mostrado *comprensivos* con esta «aproximación pragmática», pero a renglón seguido han subrayado algo

²⁰⁷ Por ejemplo, caso *Saydam Hüsnü Baybora y otros c. Chipre*, p. 5.

²⁰⁸ *Supra* nota 62.

²⁰⁹ Véase la opinión de Lord Phillips en la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *in the matter of an application by Brigid McCaughey and another for Judicial Review (Northern Ireland)*, 18 de mayo de 2011, párr. 49.

²¹⁰ Véase nota 166.

²¹¹ 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, párr. 117.

²¹² *Supra* nota 11.

que ya advertimos también; esto es, que estas consideraciones: «...are far from convincing when [...] can supersede fundamental rights such as the right to life, the prohibition of torture, and the right to liberty and security of the individual»²¹³. En efecto, aunque el TEDH haya hablado de la necesidad de proteger a las autoridades de estar bajo cualquier incertidumbre por un periodo de tiempo prolongado²¹⁴, en sus mismas palabras: «...the Convention is a system for the protection of human rights»²¹⁵. Y así que a mi entender, la referencia aquí no habría de ser otra que el mismo concepto de víctima del art. 34 —en conexión con el art. 35.3.d)—; el cual, sin artificio alguno permitiría también sustentar la delimitación, o limitación (temporal) de la propia competencia del Tribunal.

Aun más, y por poner el ejemplo concreto de las desapariciones forzadas, precisamente el papel subsidiario del TEDH habría podido quedar reforzado, en mi opinión, si hubiera considerado plenamente a las mismas como hechos continuados, y por tanto declarado su competencia respecto a la obligación de investigarlas hasta que no se conozca la suerte y el paradero del desaparecido. Pues de este modo, y con una sola sentencia (estándar o «piloto»)²¹⁶, los Estados hubieran podido entender mejor o recordar sus obligaciones. Otra solución ciertamente sería sólo declararse competente sobre una serie limitada de casos, agregando de oficio y sin más que las investigaciones respecto a desapariciones que han comenzado hace un tiempo prolongado son inútiles o innecesarias; es decir, lo que finalmente decidió el TEDH.

Conclusión con la que en caso alguno podemos conformarnos, pues como hemos visto, un hecho continuado, como ocurre cuando un Estado no investiga una desaparición forzada, no deja de serlo por el paso del tiempo. Y partir de aquí, más que oportuno es acabar destacando que la misma Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europea ha identificado, expresa y reiteradamente, las limitaciones impuestas —o autoimpuestas— a la competencia *ratione temporis* como uno de los problemas más importantes respecto a los hechos continuados en general, y a las desapariciones forzadas en particular²¹⁷.

²¹³ KYRIAKOU, N., *op. cit.*, nota 21. La cita es de la versión electrónica, p. 11.

²¹⁴ Caso *Saydam Hüsnü Baybora y otros c. Chipre*, p. 4.

²¹⁵ Caso *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, párr. 160.

²¹⁶ *Supra* nota 153.

²¹⁷ Véanse por ejemplo, informe de Christos Pourgourides, Documento: AS/Jur (2011) 45, de 4 de noviembre de 2011, p. 22; Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1868 (2012), de 9 de marzo de 2012.

RESUMEN

LA COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR (ART. 2. DERECHO A LA VIDA). TEORÍA Y PRÁCTICA: DE *DE BECKER C. BÉLGICA* A *CANALES BERMEJO C. ESPAÑA*

Desde inicios de 2009 y hasta la fecha, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto una serie de casos que como denominador común abordaron la naturaleza, dependiente o independiente, continuada o no, de la obligación procesal de investigar del art. 2 del Convenio; y muy especialmente de su competencia temporal respecto a ella. La configuración realizada por estas decisiones ha puesto sobre la mesa la exigencia de una serie de novedosos requisitos cuyo encuadre dentro de la teoría general al respecto resulta ciertamente compleja, y su concreción algo más que difícil, como lo es compartir las razones que formalmente pretenden justificarlos.

A partir de la teoría general sobre el principio de irretroactividad de los tratados, los hechos continuados y la competencia *ratione temporis*, este artículo examina y valora esta construcción del Tribunal Europeo, sirviéndose para ello fundamentalmente de sus decisiones en los casos *Šilih c. Eslovaquia (GS)*, *Varnava y otros c. Turquía (GS)*, *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, y *Janowiec y otros c. Rusia*; pero estudiando también otros casos y decisiones pertinentes, desde las más remotas como *De Becker c. Bélgica* hasta las más recientes, como *Canales Bermejo c. España*.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, competencia *ratione temporis*, hechos continuados, obligación procesal de investigar, art. 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, derecho la vida, desaparición forzada, *Šilih c. Eslovaquia*, *Varnava y otros c. Turquía*, *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, *Janowiec y otros c. Rusia*.

ABSTRACT

THE JURISDICTION *RATIONE TEMPORIS* OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN RELATION TO THE OBLIGATION TO INVESTIGATE (ART. 2. RIGHT TO LIFE). THEORY AND PRACTICE: FROM *DE BECKER V. BELGIUM* TO *CANALES BERMEJO V. SPAIN*

Since 2009, the European Court of Human Rights has ruled in a number of cases dealing with the nature of the procedural obligation to investigate under Article 2 of the Convention, that is, whether it operates independently of the substantive obligation or not, whether there is a continuing obligation under Article 2 or not and, in particular, the scope of the Court's temporal jurisdiction. The interpretation provided by the Court in such decisions has introduced a number of new, vague requirements that are not readily incorporated within the general theory on this matter. Moreover, it is by no means easy to identify the arguments upon which these requirements are formally justified.

Taking as starting point the general principles of international law concerning the non-retroactivity of treaties, continuing acts and jurisdiction *ratione temporis*, this article examines and assesses the European Court's approach on these issues, by conducting an analysis of the following cases: *Šilih v. Slovakia (GC)*, *Varnava and others v. Turkey (GC)*, *Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz v. Spain*, and *Janowiec and others v. Russia*. A number of other relevant decisions are also taken into account, including the

landmark decisions from *De Becker v. Belgium* and from the more recent case of *Canales Bermejo v. Spain*.

Keywords: European Court of Human Rights, jurisdiction *ratione temporis*, continuing acts, procedural obligation to investigate, Article 2 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, right to life, enforced disappearance, *Šilih v. Slovakia*, *Varnava and others v. Turkey*, *Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz v. Spain*, *Janowiec and others v. Russia*.

RÉSUMÉ

LA COMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME AU SUJET DE L'OBLIGATION D'ENQUÊTER (ART. 2. DROIT À LA VIE).
THÉORIE ET PRATIQUE: DE *DE BECKER C. BELGIQUE* À *CANALES BERMEJO C. ESPAGNE*

Depuis le début de l'année 2009 et jusqu'à aujourd'hui, la Cour européenne des droits de l'homme a statué sur une série d'affaires ayant en commun d'abord la nature, dépendante ou indépendante, continue ou non, de l'obligation procédurale d'enquêter prévue à l'article 2 de la Convention et portant, en particulier, sur sa compétence temporelle à ce sujet. Des principes sous-jacents à ces décisions découlent une série d'impératifs nouveaux, difficiles à intégrer dans la théorie générale à ce sujet, et plus encore à concrétiser, tout comme il est difficile de partager les raisons qui prétendent formellement les justifier.

À partir de la théorie générale sur le principe de non-rétroactivité des traités, les faits continus et la compétence *ratione temporis*, cet article examine et évalue cette construction de la Cour européenne, en se basant essentiellement sur ses décisions dans les affaires *Šilih c. Slovaquie (GC)*, *Varnava et autres c. Turquie (GC)*, *Antonio Gutiérrez Dorado et Carmen Dorado Ortiz c. Espagne*, et *Janowiec et autres c. Russie*, mais en étudiant aussi d'autres affaires et décisions pertinentes, des plus lointaines, telle que *De Becker c. Belgique*, aux plus récentes, comme *Canales Bermejo c. Espagne*.

Mots clés: Cour européenne des droits de l'homme, compétence *ratione temporis*, faits continus, obligation procédurale d'enquêter, art. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, droit à la vie, disparitions forcées, *Šilih c. Slovaquie*, *Varnava et autres c. Turquie*, *Antonio Gutiérrez Dorado et Carmen Dorado Ortiz c. Espagne*, *Janowiec et autres c. Russie*.