

# El “derecho a la verdad” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*The “right to the truth” in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*

RECIBIDO: 2013-11-27 / ACEPTADO: 2013-12-12

**Juan Manuel LÓPEZ ULLA**

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Cádiz  
juanmanuel.ulla@uca.es

**Resumen:** La repercusión mediática de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *El-Masri c. Macedonia* (2013) fue extraordinaria. Supuso el reconocimiento por parte de este Tribunal de la realidad del programa secreto de detenciones ilegales que, tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, los Estados Unidos de América pusieron en marcha con la connivencia de varios Estados europeos para combatir el terrorismo internacional. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, de este caso destacamos la labor que el TEDH desarrolla para conformar unos estándares mínimos de homogeneidad no sólo en lo que respecta a la dimensión sustantiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos sino también en relación con la interpretación de las normas que ordenan el procedimiento. Y singularmente nos ha interesado el debate que con esta Sentencia se abre en el seno del Tribunal sobre la entidad de un “derecho a la verdad” en el marco del Convenio.

**Palabras clave:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos; criterios de admisibilidad; detención ilegal; entregas extraordinarias; derecho a una investigación efectiva; derecho a la verdad; tortura; tratos inhumanos o degradantes; derecho a la libertad.

**Sumario:** I. El caso *El-Masri c. Macedonia*, más que una Sentencia mediática. II. En torno a la interpretación antiformalista de determinadas reglas procesales: el plazo de seis meses para presentar la demanda y la inversión de la carga de la prueba. III. El derecho a una investigación efectiva. III.1. Su ubicación en el CEDH. III.2. En torno al derecho a la verdad. III.2.1. Sobre la autonomía del derecho a la verdad en relación con el derecho a una investigación efectiva. III.2.2. El pretendido derecho de la sociedad a conocer la verdad. IV. La vertiente material de los derechos en liza. IV.1. En relación con el artículo 3 CEDH. IV.2. Sobre la violación de los artículos 5 y 8 CEDH.

**Abstract:** The media repercussion of *El-Masri vs. Macedonia* (ECHR, 2013) has been extraordinary. In this case the Court recognizes the existence of an illegal detention program secretly launched after the September, 11th attacks by the United States with the connivance of several European States. From a strict legal point of view, it is important to point out that, in this case, the procedural rules have been interpreted in order to guarantee the effectiveness of the European Convention of Human Rights. However, the main aspect underlined in this paper is how, in our opinion, this case seems to have opened a discussion within the Court over the entity of a “right to the truth” under the Convention.

**Key words:** European Court of Human Rights; admissibility criteria; illegal detention; extraordinary renditions; the right to an effective investigation; right to the truth; torture; inhuman or degrading treatment; right to liberty.

**Summary:** I. *El-Masri vs. Macedonia*, more than a famous case. II. The necessity to interpret certain procedural rules with some degree of flexibility: the six-month period-limit to lodge the complaint and the shifting of the burden of proof. III. The right to an effective investigation. III.1. Its location in the ECHR. III.2. About the right to truth. III.2.1. The autonomy of the right to truth in relation to the right to an effective investigation. III.2.2. The alleged right of society to know the truth. IV. Substantive aspects IV.1. About article 3 ECHR. IV.2. About articles 5 and 8 ECHR.

I. EL CASO *EL-MASRI C. MACEDONIA*, MÁS QUE UNA SENTENCIA MEDIÁTICA

En este artículo vamos a analizar la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *El-Masri c. la ex-república yugoslava de Macedonia (en adelante El-Masri c. Macedonia)*, de 13 de diciembre de 2012<sup>1</sup>. Dos han sido las cuestiones que singularmente nos han interesado de ella. En primer lugar, la interpretación que el Tribunal realiza de determinadas reglas de carácter procesal, que fueron clave tanto para la admisión a trámite de la demanda como para llegar finalmente a una Sentencia estimatoria. Y por lo que respecta al fondo del asunto, especial atención nos han merecido los dos votos concordantes que la acompañan, que giran en torno a la consideración que el párrafo (§) 191 de la Sentencia realiza sobre la incidencia que en el “*derecho a la verdad*” tuvo la irregular investigación abierta por las autoridades nacionales a raíz de la denuncia presentada por el recurrente.

Es en este segundo aspecto donde más nos detendremos. Y es que pareciera que estos dos votos concurrentes hubieran encendido un debate en el seno del Tribunal sobre el reconocimiento de este derecho a la verdad en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pues en un voto parcialmente disidente a otra Sentencia posterior (*Janowiec y otros c. Rusia* de 21 de octubre de 2013), los firmantes reivindican de nuevo la entidad de este derecho, especialmente en los casos de violaciones flagrantes de los derechos humanos<sup>2</sup>. Por la proyección que la discusión parece que alcanza hemos querido destacarla en el título de este trabajo.

Sabido es que al subrayar los valores y principios en los que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se fundamenta e inspira, el TEDH suministra herramientas conceptuales y criterios de actuación no sólo de aplicación en el ámbito contextual del propio Consejo de Europa sino también en los 47 Estados que forman parte de esta organización. En el ejercicio de su función jurisdiccional, el TEDH va conformando unos estándares mínimos de homogeneidad que los ordenamientos nacionales habrán de observar, sea en las leyes mismas o en la forma y manera en la que éstas son interpretadas y aplicadas. En la medida en que esta actividad hermenéutica trasciende los límites del caso concreto resuelto, no hay duda de que su doctrina es una fuente

<sup>1</sup> *El-Masri c. Macedonia*, n. 39630/09, de 13 de diciembre de 2012.

<sup>2</sup> *Janowiec y otros c. Rusia*, ns. 55508/07 y 29520/09, de 21 de octubre de 2013. Véanse especialmente los §§ 9 y 24 del voto particular.

de conocimiento principal para el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos.

La luz que guía la interpretación del CEDH no es otra que la que deriva de su objeto y finalidad, esto es, la protección de los seres humanos en el marco de los valores de un Estado de Derecho y de una sociedad democrática. Para que esa defensa sea efectiva es imprescindible realizar una lectura de conformidad con los tiempos, esto es, de acuerdo con los criterios que predominen en cada momento. El Convenio debe ser un instrumento vivo, actualizado, capaz de responder a las amenazas que de manera cada vez más sofisticada acechan a los derechos<sup>3</sup>.

El grado de protección sobre los derechos humanos es cada vez mayor, al igual que la conciencia que de ellos tenemos. Derechos que hoy juzgamos muy importantes, ni tan siquiera fueron intuidos por los autores de las primeras declaraciones del siglo XVIII, lo que nos sugiere la idea de una cronología, de una historia de los derechos humanos<sup>4</sup>. Éstos no se reconocen todos al mismo tiempo sino que nacen progresivamente, cuando deben o pueden hacerlo. Y lo mismo podemos decir respecto del contenido y alcance que a cada uno se le atribuye. El concepto de libertad y de igualdad que encontramos cuando leemos a Locke, Montesquieu, o Rousseau no coincide con el significado que hoy les atribuimos. El contexto histórico y geográfico condiciona la delimitación conceptual de los derechos. Así lo ha recordado en varias ocasiones el TEDH en relación con el artículo 3 CEDH, en el que nos vamos a centrar especialmente. A la luz de la jurisprudencia de este Tribunal podemos afirmar que, en una escala de menos a más, es posible que lo que ayer era una mera irregularidad, hoy se considere trato inhumano o degradante, mientras que actos que ayer recibieron esta calificación, quizá hoy

<sup>3</sup> “The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions”. Esta declaración la encontramos, entre otras, en *Tyrer c. Reino Unido*, n. 5856/72, de 25 de abril de 1978, § 31; *Artico c. Italia*, n. 6694/74, de 13 de mayo de 1980, § 33; *Soering c. Reino Unido*, n. 14038/88, de 7 de julio de 1989, § 102; *Loizidou c. Turquía*, n. 15318/89, de 23 de marzo de 1995, § 71; *Selmouni c. Francia*, n. 25803/94, de 28 de julio de 1999, § 101; *Scozzari y Giunta c. Italia*, n. 39221/98 41963/98, de 13 de julio de 2000, § 138; *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, n. 13178/03, de 12 de octubre de 2006, § 48; *K.A.B. c. España*, n. 59819/08, de 10 de abril de 2012, § 96.

<sup>4</sup> Al respecto, BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 47; TRUYOL, A., *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2000; TALAVERA, P. “Historia de su nacimiento”, en MEGÍAS, J. J. (coord.), *Manual de derechos humanos*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 57-76.

hayan adquirido el grado de tortura<sup>5</sup>. Un mayor rigor en la evaluación de las conductas contrarias a los derechos humanos expresa una mayor conciencia sobre el valor de los mismos.

Esta interpretación dinámica del Convenio es un principio general aplicable no sólo a sus cláusulas sustantivas sino también a las de carácter procesal<sup>6</sup>. Es cierto que estas últimas, en cuanto normas de *ius cogens*, suelen ser reglas precisas de aplicación estricta. Pero, en ocasiones, en aras precisamente de la protección efectiva de los derechos humanos, el TEDH ha sabido adaptarlas a la vista de las circunstancias del caso planteado. Un buen ejemplo lo encontramos en la Sentencia *El-Masri c. Macedonia*, cuyos hechos, muy resumidamente, fueron los siguientes:

El recurrente, Khaled El-Masri, de nacionalidad alemana y ascendencia libanesa, fue detenido por agentes de la autoridad al entrar en Macedonia. Fuera de cualquier procedimiento jurídico y sin control jurisdiccional alguno, quedó retenido en un hotel de la capital, Skopje, donde fue interrogado sobre su posible implicación en acciones de carácter terrorista, todo ello sin la presencia de un abogado y sin poder establecer contacto de ningún tipo con el exterior (ni con su familia ni con la embajada alemana). Al cabo de veinticinco días, el recurrente, maniatado y con los ojos vendados, fue conducido al aeropuerto de la ciudad, donde fue entregado a agentes norteamericanos de la CIA. Allí fue desnudado, golpeado y sodomizado por varios hombres enmascarados, y posteriormente conducido a un avión que lo trasladó a Kabul

<sup>5</sup> Sobre esta evolución en la calificación de las acciones contrarias a los derechos humanos, producto de esa mayor conciencia en la materia, véanse *Mubilanzila y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., *Rahimi c. Grecia*, n. 8687/08, de 5 de abril de 2011. Son sentencias muy importantes. Nunca antes de la primera se había calificado como trato inhumano el ingreso de un menor no acompañado en un centro de internamiento de adultos. Tampoco antes de la segunda se había considerado trato inhumano o degradante dejar en desamparo a un menor extranjero no acompañado cuando sale del internamiento. Sobre la relación entre tortura y condiciones de la detención, véanse NOWAK, M., "Torture and Conditions of Detention in the 21 st Century: 60 Recommendations to States and the United Nations after Six Years of Experience as the UN Special Rapporteur on Torture", *European Yearbook on Human Rights*, 2011, pp. 549-558; MURDOCH, J., "The Impact of the Council of Europe's 'Torture Committee' and the Evolution of Standard-Setting in Relation to Places of Detention", *European Human Rights Law Review*, 2 (2006), pp. 158-179; DOURNEAU-JOSETTE, P., "Les conditions de détention et la CEDH: les droits fondamentaux à l'assaut des prisons", *Gazette du Palais*, vol. 133, ns. 39-40, pp. 4-11.

<sup>6</sup> *Varnava y otros c. Turquía*, ns. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, de 18 de septiembre de 2009, § 160.

(Afganistán), donde estuvo recluido durante cuatro meses, tras los cuales fue repatriado a Alemania y puesto en libertad.

En su demanda ante el TEDH, el recurrente invoca los artículos 3, 5, 8, 10 y 13 del CEDH, considerándose víctima de una operación secreta dirigida por los norteamericanos con la ayuda de Macedonia, Estado del Consejo de Europa, contra el que se presenta la denuncia. Estas operaciones secretas han recibido el nombre de “entregas extraordinarias”. Por tal se entiende la “transferencia extrajudicial de una persona de la jurisdicción o del territorio de un Estado a la jurisdicción de otro Estado, con el propósito de retenerlo e interrogarlo fuera de cualquier marco jurídico ordinario, implicando tal medida un riesgo real de tortura o de tratamientos crueles, inhumanos o degradantes”<sup>7</sup>.

Salvo la lesión del artículo 10, que el TEDH considera no aplicable a los hechos litigiosos<sup>8</sup>, la Sentencia del TEDH termina confirmando la violación de los derechos denunciados. Para ello, el Tribunal se apoya en varios informes y documentos, especialmente en el *informe Marty*, encargado el 13 de diciembre de 2005 por el presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a este senador suizo para que determinara la verdad relativa a estas entregas extraordinarias. La investigación llevada a cabo dio lugar a dos informes, el primero publicado en 2006 (doc. 10957) y el segundo en 2007 (doc. 11302 rev). En ellos se revela la existencia de una “telaraña”

<sup>7</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 221. El Tribunal ha utilizado en otras dos ocasiones este concepto, pero sólo en ésta Sentencia concluye con una declaración estimatoria. Véanse, *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido* ns. 24027/07, 11949/08 y 36742/08, 66911/09, 67354/09, de 16 de julio de 2010, § 113; y *Othman Abu Qatada c. Reino Unido*, n. 8139/09, de 17 de enero de 2012, § 185. En relación con el riesgo de torturas y otras violaciones de los derechos humanos que estas “entregas extraordinarias” comportan, véanse CARPANELLI, E., “Extraordinary renditions e diritti umani: alcune riflessioni sul caso Abu Omar”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 7, n. 2 (2013), pp. 315-330; MESSINEO, F., “Extraordinary Renditions and State Obligations to Criminalize and Prosecute Torture in the Light of the Abu Omar Case in Italy”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 5 (2009), pp. 1023-1046; NAPOLETANO, N., “Extraordinary renditions e detenzioni segrete alla luce degli strumenti di tutela dei diritti umani in Europa”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 1, n. 2 (2007), pp. 412-419.

<sup>8</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 264: “La Cour estime que la question soulevée sur le terrain de cette disposition recoupe au fond les griefs tirés par le requérant de l’article 3, et a déjà été traitée dans le cadre de l’examen de ceux-ci (paragraphe 192 cidessus). Elle considère par ailleurs que la présente affaire ne soulève aucune question spécifique à analyser sous l’angle de l’article 10 pris isolément, cette disposition ne s’appliquant pas aux faits litigieux. Partant, elle ne relève aucune apparence de violation à l’égard du requérant des droits et libertés garantis par cet article”.

mundial (“toile d’araignée”) de detenciones y de entregas internacionales ilegales auspiciadas por los Estados Unidos con la colaboración de diversos Estados miembros del Consejo de Europa con la finalidad de combatir el terrorismo internacional<sup>9</sup>.

Más allá de la repercusión mediática que la Sentencia adquirió por el reconocimiento de la realidad de estas operaciones secretas, el interés de la Sentencia *El-Masri c. Macedonia* desde un estricto punto de vista jurídico reside en las siguientes tres razones, que en parte ya hemos adelantado y conforme a las cuales ordenaremos nuestra exposición. En primer lugar, en la interpretación antiformalista que el Tribunal hace de ciertas reglas procesales. Concretamente nos referimos a la decisión de admitir a trámite la demanda, cuando en puridad los seis meses de plazo para presentarla (artículo 35.1 CEDH) ya habían transcurrido, y también a la decisión de invertir la carga de la prueba, que finalmente resultó decisiva para llegar a una Sentencia estimatoria.

En segundo lugar, en la falta de criterio que apreciamos en el seno del Tribunal a la hora de ubicar en el CEDH el derecho de los recurrentes a que la demanda sea objeto de una investigación efectiva, que en la Sentencia se deriva tanto de la dimensión procesal de los artículos 3 y 5 como del artículo 13. A este propósito el Tribunal se refiere al “derecho a la verdad”, comentario que da pie a los dos votos concurrentes que acompañan a la Sentencia, que de manera diferente reflexionan sobre la autonomía, alcance y legitimación de este

<sup>9</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit. En relación con el concepto de “entrega extraordinaria”, véase el Informe n. 363/2005 sobre las obligaciones legales internacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa relativos a los lugares secretos de detención y al transporte interestatal de prisioneros, adoptada el 17 de marzo de 2006 por la Comisión Europea por la democracia y el Derecho (Comisión de Venecia), apartados 30 y 31. Lo define como la entrega de un sospechoso de crímenes graves (acciones terroristas) que un Estado hace en su territorio a otro Estado, para que éste lo retenga en su territorio pero en algún lugar bajo la jurisdicción del segundo o para su traslado a un tercer Estado. El informe del relator especial de Naciones Unidas sobre la protección y promoción de los derechos del hombre y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/HCR/10/3, de 4 de febrero de 2009) muestra su preocupación por las personas detenidas durante un prolongado periodo de tiempo con el solo objetivo de la búsqueda de información o por motivos imprecisos en nombre de la prevención. Estas situaciones, señala, constituyen una privación arbitraria de la libertad. La existencia de motivos que justifiquen estas detenciones debiera ser controlada por un tribunal independiente e imparcial (apartado 38 del Informe). El relator muestra su gran preocupación por el programa de entregas extraordinarias ordenado por los Estados Unidos, de detenciones secretas y de prácticas que violan la prohibición de torturas y los malos tratos. Se trata, señala, de una red internacional de intercambio de información ajena por completo al Derecho (apartado 51).

derecho<sup>10</sup>. Nosotros también hemos querido posicionarnos en este debate. Lo hacemos tras estudiar las referencias que al respecto hemos encontrado en la jurisprudencia del TEDH, que han sido escasas, y tras acercarnos a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que al derecho a la verdad se ha referido en no pocas ocasiones a raíz de los casos de “desapariciones forzadas”, de los que lamentablemente ha debido conocer.

Y aunque en puridad el Tribunal no introduce ningún elemento novedoso en cuanto a la vertiente material de los derechos invocados, la relevancia mediática que la Sentencia adquiere al reconocer la realidad de este programa secreto de detenciones ilegales, merece que hagamos referencia a la doctrina sustantiva que fundamenta el fallo. La jurisprudencia en torno al derecho a no ser torturado ni sometido a penas ni tratos inhumanos o degradantes (artículo 3), a no sufrir una privación arbitraria del derecho a la libertad (artículo 5), y a disfrutar de una vida privada y familiar (artículo 8), adquiere en este caso una proyección extraordinaria.

## II. EN TORNO A LA INTEPRETACIÓN ANTIFORMALISTA DE DETERMINADAS REGLAS PROCESALES: EL PLAZO DE SEIS MESES PARA PRESENTAR LA DEMANDA Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Aunque las normas que determinan las condiciones de admisibilidad y el procedimiento ante el Tribunal cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, no toda irregularidad formal puede justificar indefectiblemente una decisión de rechazo. El principio *pro libertate* o *favor libertatis*, que inspira la teoría de los derechos humanos, es también de aplicación a estas disposiciones procesales, y en el caso *El-Masri c. Macedonia* resultó fundamental tanto para la admisión a trámite de la demanda como para la estimación de las violaciones denunciadas.

Por lo que se refiere a la admisión a trámite, el artículo 35.1 del CEDH establece un plazo de seis meses para presentar la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, una vez agotados todos los recursos internos. Este plazo se

<sup>10</sup> El demandante también había invocado el artículo 10 por considerar que se le había lesionado el derecho a conocer la verdad sobre toda la operación, pero el Tribunal desestimó este motivo considerando que ya lo había tratado al hilo del artículo 3. Véanse los §§ 263 y 264 de la Sentencia *El-Masri c. Macedonia*, cit.

establece en aras de la seguridad jurídica. Con él se pretende evitar la incertidumbre que generaría la posibilidad de que un proceso pudiera ser revisado en cualquier momento<sup>11</sup>. Al respecto hay que tener presente que el Protocolo núm. 15, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su sesión 123, de 16 de mayo de 2013, y actualmente abierto a la firma desde el 24 de junio de 2013, reforma el CEDH entre otras razones para reducir este plazo a cuatro meses, modificación que entrará en vigor una vez sea ratificado por todos los Estados<sup>12</sup>. Según señala el Informe que explica las razones que han aconsejado tal enmienda, la reducción está justificada por el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, de una parte, y los plazos para recurrir vigentes en los Estados miembros, de otra<sup>13</sup>. Más allá de estos seis meses (cuatro cuando entre en vigor el Protocolo núm. 15), el acceso al TEDH no será posible.

Como hemos señalado, este plazo comenzará a correr a partir de la fecha de la última decisión interna definitiva. Sin embargo, aun cuando el precepto no establece excepción alguna, el Tribunal señala que si se advierte que la víctima no dispuso en la práctica del recurso efectivo que el artículo 13 del CEDH ordena<sup>14</sup>, el cómputo del plazo podrá comenzar a partir de la fecha en la que el recurrente advirtiera el carácter nominal de la acción interpuesta. Para tomar esta decisión que, como decimos, es de carácter excepcional, el

<sup>11</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 135.

<sup>12</sup> Protocol n. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Strasbourg, 24.VI.2013), Article 4: “In Article 35, paragraph 1 of the Convention, the words “within a period of six months” shall be replaced by the words “within a period of four months”. Article 7: This Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which all High Contracting Parties to the Convention have expressed their consent to be bound by the Protocol, in accordance with the provisions of Article 6”.

<sup>13</sup> Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales. Rapport explicatif, § 21. “Article 35, paragraphe 1 – Condition de recevabilité: le délai pour le dépôt des requêtes. Les articles 4 et 5 du Protocole amendent l’article 35 de la Convention. Le paragraphe 1 de l’article 35 a été amendé pour réduire de six à quatre mois le délai suivant la date de la décision interne définitive dans lequel une requête doit être introduite devant la Cour. Le développement de technologies de communication plus rapides, d’une part, et des délais de recours en vigueur dans les Etats membres d’une durée équivalente, d’autre part, ont plaidé pour la réduction de ce délai”.

<sup>14</sup> Artículo 13 CEDH. “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tienen derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.



TEDH valorará, entre otros elementos, la particularidad de los hechos denunciados, la diligencia o el interés que el recurrente hubiere demostrado en el planteamiento de su queja, así como el carácter adecuado o no de la investigación que las autoridades nacionales hubieren llevado a cabo<sup>15</sup>.

En el concreto caso que estamos estudiando, el Estado demandado alegó como excepción preliminar para que se inadmitiera a trámite la demanda, que el plazo de seis meses se había superado. Siendo ello cierto, el TEDH consideró que las circunstancias del asunto justificaban que estos seis meses comenzaran a correr no a partir de la fecha de la última resolución interna, sino cuando el recurrente tuvo conocimiento de que su denuncia había sido rechazada<sup>16</sup>.

Las razones que el TEDH valoró para tomar esta decisión fueron las siguientes: como acabamos de señalar, al recurrente no se le notificó la inadmisión de su queja, que según la legislación interna aplicable debiera haberse realizado en un plazo de ocho días; el Tribunal reconoce la gravedad de las violaciones denunciadas y la solidez de los términos en los que la demanda había sido planteada; al Tribunal le pareció razonable que dada la complejidad de la operación secreta de la que el recurrente decía haber sido víctima, el interesado quisiera apoyar su demanda con elementos de prueba suficientes y que por ello esperara a que algunas de las investigaciones ordenadas para esclarecer la veracidad de estas acciones de los Estados Unidos con la ayuda o connivencia de otros Estados dieran sus frutos; y por último, también se valoró, al objeto de salvar la excepción de extemporaneidad presentada por el Estado demandado, que éste tampoco hubiera rechazado la

<sup>15</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 139. En el mismo sentido, *Dennis y otros c. Reino Unido*, n. 76573/01, de 2 de julio de 2002; *Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido*, n. 46477/99, 4 de junio de 2001; *Abuyeva y otros c. Rusia*, n. 27065/05, § 174, de 2 de diciembre de 2010.

<sup>16</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 147: "Le ministère public a rejeté la plainte pénale du requérant le 18 décembre 2008. Selon l'intéressé, cette décision n'a été portée à son attention que le 22 novembre 2010, alors même que les dispositions procédurales applicables faisaient obligation aux autorités de poursuite de notifier dans les huit jours à la victime toute décision de rejet de sa plainte (...). Le Gouvernement n'a pas soutenu que cette exigence eût été respectée. Dès lors, le point de départ du délai de six mois doit être fixé non pas au 18 décembre 2008, date de la décision du ministère public, mais à la date, ultérieure, à laquelle le requérant en a eu connaissance. Dans les circonstances de l'espèce, il n'est pas nécessaire de vérifier la véracité des déclarations de l'intéressé concernant la signification de la décision, le Gouvernement n'ayant pas démontré que le requérant eût reçu une notification officielle de la décision ou qu'il en eût pris connaissance d'une autre façon avant le 20 janvier 2009, c'est-à-dire six mois avant l'introduction de sa requête à la Cour".

querella criminal del recurrente por haber sido presentada fuera de plazo sino por considerarla infundada<sup>17</sup>.

Además de admitir la demanda más allá de los seis meses, y antes de entrar a conocer del fondo del asunto, el TEDH tomó otra decisión que resultaría capital para llegar a una Sentencia estimatoria: la inversión de la carga de la prueba. Sobre este aspecto es conveniente recordar las siguientes tres ideas básicas: que la finalidad del procedimiento probatorio es la acreditación de los hechos que se han de juzgar; que normalmente es el demandante quien debe demostrar la lesión que denuncia; y que el TEDH no es un órgano de apelación por lo que, en principio, no juzga de nuevo los hechos.

Pudiera parecer innecesario el recordatorio que acabamos de hacer, pero lo cierto es que la gran mayoría de las demandas ante este Tribunal son inadmitidas debido a una errónea concepción sobre la función de esta jurisdicción. El TEDH no se instituye como un órgano de tercera o cuarta instancia sino para velar por el respeto del Convenio (artículo 19)<sup>18</sup>. La determinación de los hechos del caso, la admisibilidad y la apreciación de las pruebas en el proceso, la interpretación y aplicación del Derecho interno, y la conclusión que de todo ello se derive compete principalmente a los jueces y tribunales nacionales, correspondiendo al TEDH tan sólo verificar que en el ejercicio de esta función, los Estados respetan los compromisos asumidos en el Convenio y sus Protocolos. Sólo cuando se advierta de manera flagrante que el Convenio no fue respetado, que se juzgó de manera arbitraria y contraria a la justicia y al sentido común, el Tribunal podría examinar los hechos para determinar lo sucedido<sup>19</sup>.

Si este fuera el caso, y uno de los preceptos invocados fuera el artículo 3 CEDH, el examen de los hechos denunciados y de las conclusiones a las que hubieren llegado los órganos de la jurisdicción ordinaria debe ser “especial-

<sup>17</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit. §§ 147 y 148. El Tribunal se apoya principalmente en los *informes Marty* de 2006 y 2007, que constatan la realidad de estas entregas extraordinarias y la implicación de varios Estados del Consejo de Europa en estas operaciones ilegales. Al respecto, WANLIN, L. A., “Responsability for Secret Detention and Extraordinary Rendition: Holding European States to Account for Assisting in CIA Operations”, *Cyprus Human Rights Law Review*, vol. 2, n. 1 (2013), pp. 16-35.

<sup>18</sup> Artículo 19 del Convenio: “Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...)”. *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 151; *Varnava y otros c. Turquía*, cit., § 164.

<sup>19</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 152 y 155.

mente riguroso”, particularmente en relación con la calidad del procedimiento judicial interno<sup>20</sup>. Esto es lo que sucede en *El-Masri c. Macedonia*, donde el Tribunal recuerda la libertad que tiene de valorar los elementos de prueba que se hubieren presentado y de ordenar la práctica de otras nuevas si lo estimara necesario. Al objeto de adoptar sus propias conclusiones, los jueces del TEDH pueden, por ejemplo desplazarse al lugar de los hechos o recabar información de cualquier fuente que estime interesante.

Fue esto segundo lo que ordenaron los jueces de Estrasburgo. Dada la dificultad para determinar los hechos, el Tribunal toma en consideración diversas investigaciones que sobre estas operaciones extraordinarias se abrieron en la época. Entre otras, las ordenadas por el Consejo de Europa (el *informe Marty*), por el Parlamento Europeo (*informe Fava*), por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 3 de abril de 2008 o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con una demanda presentada por este mismo recurrente contra los Estados Unidos. También se valoraron algunos informes del *European Centre for Constitutional and Human Rights*, o los cables difundidos por *WikiLeaks*.

Pues bien, si la regla general es que la acreditación de los hechos denunciados incumbe a quien afirma, esto es, al demandante (*affirmanti incumbit probatio*), el TEDH advierte que el Convenio no se presta siempre a una aplicación rigurosa de este principio. Así, cuando hay un caso de muerte o de lesiones que tienen lugar en un ámbito de dominio exclusivo de la autoridad estatal, a la que se le imputa la responsabilidad de tales acciones, con motivo, por ejemplo, de una detención incomunicada, o cuando se denuncia la desaparición de una persona después de su detención, se genera una fuerte presunción en contra del Estado demandado. Si este fuera el supuesto, cuando el Tribunal estime que la denuncia está bien fundamentada y que existen indicios suficientes sobre la posible responsabilidad del Estado en relación con los he-

<sup>20</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 153 y 155. Véase también, *Öcalan c. Turquía*, n. 46221/99, de 12 de mayo de 2005, § 90; *Salman c. Turquía*, n. 21986/93, de 27 de junio de 2000, § 100; *Çakıcı c. Turquía*, n. 23657/94, de 8 de julio de 1999, § 85; *Rupa c. Rumanía*, n. 58478/00, § 97, de 16 de diciembre de 2008. *Orban c. Turquía*, n. 25656/94, § 274, 18 de junio de 2002. *Tani y otros c. Turquía*, n. 65899/01, de 2 de agosto de 2005, § 160; y *Yousoupova y Zaourbekov c. Rusia*, n. 22057/02, de 9 de octubre de 2008, § 52. Véase también, *mutatis mutandi*, *Ribitsch c. Austria*, n. 18896/91, de 4 de diciembre de 1995, § 36; *Georgiy Bykov c. Rusia*, n. 24271/03, 14 de octubre de 2010, § 51; *Cobzaru c. Rumanía*, n. 48254/99, de 26 de julio de 2007, § 65; *Denissenko y Bogdantchikov c. Rusia*, n. 3811/02, de 12 de febrero de 2009, § 83.

chos denunciados, podrá ordenar la inversión de la carga de la prueba, lo que significa que corresponderá al Estado demandado la tarea de proporcionar una explicación satisfactoria en relación con las acciones u omisiones que se le imputan. Fue lo que sucedió en este caso.

### III. EL DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN EFECTIVA

#### III.1. *Su ubicación en el CEDH*

Una vez resueltos los problemas preliminares de procedimiento, la Sentencia pasa a analizar las cuestiones de fondo que la demanda plantea, esto es la lesión de los artículos 3, 5, 8 y 13 CEDH<sup>21</sup>. En los dos primeros (también en el artículo 2 CEDH, que en este caso no se invoca), el Tribunal advierte una doble vertiente, una dimensión material y otra procesal. Comenzaremos por ésta segunda.

Los artículos 3 y 5 no sólo imponen al Estado una obligación de abstención, esto es, el deber de no practicar o tolerar la tortura, los tratos inhumanos o degradantes, o de no privar a una persona de su libertad arbitrariamente. Para el Tribunal, estos artículos poseen también una dimensión procesal, que consiste en el deber de investigar de manera eficaz los hechos que el recurrente denuncia cuando *ictu oculi* la demanda parece creíble, esto es, cuando se considera bien fundamentada<sup>22</sup>.

Se cumple con el requisito de la efectividad cuando en la investigación se ordenan las operaciones pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de los implicados y el castigo de los responsables<sup>23</sup>. Para al-

<sup>21</sup> El recurrente también invocó el artículo 10, pero antes ya hemos advertido que el TEDH consideró que éste no era aplicable a los hechos litigiosos, § 264: “La Cour estime que la question soulevée sur le terrain de cette disposition recoupe au fond les griefs tirés par le requérant de l'article 3, et a déjà été traitée dans le cadre de l'examen de ceux-ci (...). Elle considère par ailleurs que la présente affaire ne soulève aucune question spécifique à analyser sous l'angle de l'article 10 pris isolément, cette disposition ne s'appliquant pas aux faits litigieux. Partant, elle ne relève aucune apparence de violation à l'égard du requérant des droits et libertés garantis par cet article”.

<sup>22</sup> En relación con esta vertiente procesal, PASTOR, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Temas escogidos”, en QUEL, F. J. y ALVAREZ, J. J. (coord.), *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2008, p. 251.

<sup>23</sup> *Georgiy Bykov c. Rusia*, cit., § 60; *Corsacov c. Moldova*, n. 1844/02, de 4 de abril de 2006, § 68; y *Asenov y otros c. Bulgaria*, núm. 24760/94, de 28 de octubre de 1998, § 102.

canzar tales objetivos, el TEDH considera que la investigación debe reunir los siguientes elementos: en primer lugar, los hechos denunciados han de ser investigados con prontitud y con el máximo celo, pues dada la gravedad de los derechos invocados (a la vida, a no ser torturado ni a ser víctima de un trato inhumano o degradante, y el derecho a la libertad y a la seguridad), hacerlo tarde o sin la profundidad necesaria desarticularía en la práctica la garantía del CEDH; en segundo lugar, la investigación ha de estar dirigida por una autoridad independiente, que no guarde ningún tipo de relación jerárquica –no solo de derecho sino también de hecho– con la autoridad gubernativa; y por último, la víctima o el interesado debe tener la posibilidad de intervenir o participar en el esclarecimiento de los hechos<sup>24</sup>.

En la Sentencia *El-Masri c. Macedonia*, el Tribunal ubica el derecho a una investigación efectiva en la vertiente procesal de los artículos 3 y 5 CEDH. El argumento es bien sencillo: difícilmente se podrá llegar a una conclusión sobre la denuncia presentada si las autoridades no realizan las gestiones oportunas para esclarecer los hechos, que fue lo que sucedió en este caso<sup>25</sup>. El inconveniente es que al abordar la posible violación del artículo 13<sup>26</sup>, también invocado por el demandante, el Tribunal recurre exactamente a los mismos argumentos que antes ha utilizado para declarar la lesión

<sup>24</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 183 a 185. Al respecto, véase también, *Asenov y otros c. Bulgaria*, cit., § 103, y *Bati y otros c. Turquía*, ns. 33097/96 y 57834/00, § 136; *Gül c. Turquía*, n. 22676/93, de 14 de diciembre de 2000, § 89; *Boicenco c. Moldavia*, n. 41088/05, de 11 de julio de 2006, § 123; *Mehmet Emin Yüksel c. Turquía*, n. 40154/98, de 20 de julio de 2004, § 37; y *mutandis mutandi*, *Khadjialiyev y otros c. Rusia*, n. 3013/04, de 6 de noviembre de 2008, § 106; *Denis Vassiliev c. Rusia*, n. 32704/04, de 17 de diciembre de 2009, § 157; y *Ognyanova y Choban c. Bulgaria*, n. 46317/99, de 23 de febrero de 2006, § 107.

<sup>25</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 193 a 195. En la Sentencia *Okkali c. Turquía*, n. 52067/99, de 17 de octubre de 2006, donde un chico estuvo sometido a tratos inhumanos por parte de la policía, el TEDH volvió a recordar la obligación que tienen los Estados de velar por los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Concretamente, en este caso el Tribunal señala (§ 65) que cuando existan indicios racionales de que ha habido una lesión del artículo 3 CEDH por parte de la policía, “las autoridades nacionales competentes tienen la obligación de abrir una investigación oficial que de una manera efectiva esclarezca los hechos y, en su caso, identifique a los culpables (véase *Slimani c. Francia*, 27 de julio de 2004, §§ 30 y 31, y *Asenov y otros c. Bulgaria*, cit., § 102)”. En el § 78 el Tribunal señala que este control “es esencial para mantener la confianza en el Estado de Derecho y para disipar cualquier duda de connivencia o tolerancia por parte de las autoridades con actos ilegales”, subrayando que “cuando un funcionario público es sospechoso de haber lesionado el artículo 3 CEDH, no debe existir prescripción ni debe permitirse la amnistía o el perdón”.

<sup>26</sup> El artículo 13 ordena que en el ordenamiento jurídico interno exista una herramienta procesal que permita a la persona denunciar la lesión de la que ha sido objeto.

de la vertiente procesal de los artículos 3 y 5. Esto es, que la víctima no disfruta del recurso efectivo que ordena el artículo 13 CEDH si al interponerlo no se abre un procedimiento que, dirigido por una autoridad independiente, examine con rigor lo sucedido, reconozca, en su caso, la lesión sufrida y declare la indemnización que proceda. Así ha de ser, subraya el Tribunal, con independencia de la gravedad de las acciones ilícitas que el recurrente pudiere haber cometido<sup>27</sup>.

Sabido es que algunos derechos son instrumentales de otros, pero por ello no dejan de ser derechos sustantivos con un contenido propio. Es el caso del derecho reconocido en el artículo 13, que reúne esa cualidad respecto del resto de los derechos reconocidos en el CEDH. Lo que no puede ser es que de dos derechos se predique un mismo contenido, que es lo que aquí estamos denunciando: la dimensión procesal que en los artículos 2, 3 y 5 se advierte no puede coincidir con el contenido que se le atribuye al artículo 13. Pareciera que el Tribunal en cierta manera así lo reconoce cuando en el § 256 señala que “el artículo 13 va más allá de la obligación que los artículos 3 y 5 imponen al Estado parte de abrir una investigación efectiva sobre la desaparición de una

<sup>27</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 255. Para apreciar si los recursos previstos en el ordenamiento interno satisfacen el canon de efectividad que exige el artículo 13, esto es, para determinar si los instrumentos articulados en el ordenamiento funcionan con eficacia en la práctica, el TEDH señala que, entre otras consideraciones, habrá que tener en cuenta, el contexto jurídico y político general en el que se sitúen los hechos denunciados y la diligencia que el recurrente hubiere demostrado en la presentación de sus recursos, a la luz del conjunto de circunstancias que hubieren rodeado la causa. Al respecto, *Khashiyev y Akayeva c. Rusia*, ns. 57942/00 y 57945/00, de 24 de febrero de 2005, §§ 116-117; *D.H. y otros c. República Checa*, n. 21893/93, de 16 de septiembre de 1996, §§ 116-122; *Angelova c. Bulgaria*, n. 38361/97, de 13 de junio de 2002, §§ 161-162; *Assenov y otros c. Bulgaria*, cit., §§ 114 y siguientes; *Süheyly Aydın c. Turquía*, n. 25660/94, de 24 de mayo de 2005, § 208, y *Aksoy c. Turquía*, n. 21987/93, de 18 de diciembre de 1996, §§ 95 y 98. Por lo que a la doctrina se reviere, la mayoría de los estudios abordan el artículo 13 desde la perspectiva de la excesiva duración del proceso. Sin duda se trata de uno de los motivos más frecuentes que invocan los demandantes cuando consideran lesionados este precepto (entre los más recientes, véase GRABENWARTER, Ch., “The Right to Effective Remedy Against Excessive Duration of Proceedings”, *The Protection of Human Rights at the Beginning of the 21<sup>st</sup> Century: Colloquium in Honour of Professor Dr. Dr. Dr. b. c. mult. Georg Röss on the Occasion of his 75<sup>th</sup> Birthday*, Jürgen Bröhmer (ed.), Baden-Baden: Nomos, 2012, pp. 123-133). Nosotros lo abordamos sin embargo desde la perspectiva de la ausencia de una investigación efectiva una vez interpuesta la queja. Desde este enfoque, véanse, FRICERO, N., “Droit à un recours effectif: CEDH, 5 sect., 20 janv. 2011, n. 19606/08, Payet c. France”, *Procédures: Revue mensuelle du JurisCalseur*, 2011, n. 3, pp. 44-45; THUNE, G. H., “The Tight to an Effective Remedy in Domestic Law: Article 13 of the European Convention on Human Rights”, *Broadening the Frontiers of Human Rights: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, edited by Donna Gomien, Oslo, Scandinavian. Univ. Press, 1993, pp. 79-124.

persona detenida, de cuyo bienestar el Estado es responsable mientras se encuentra bajo su custodia”. Lo que sorprende es que el Tribunal no explique a continuación dónde reside la diferencia<sup>28</sup>.

Esta incertidumbre sobre el lugar idóneo en el que reconocer el derecho a una investigación efectiva se manifiesta con toda claridad en el primero de los votos particulares que acompañan a esta Sentencia, pues al mismo tiempo que los jueces firmantes critican que la mayoría de la Gran Sala haya ubicado este derecho en el artículo 3 y no en el artículo 13, no tienen inconveniente en sostener que en puridad el derecho a una investigación efectiva se encuentra implícito en la dimensión procesal del artículo 3, lo que sencillamente representa una *contradictio in terminis*<sup>29</sup>. También se manifiesta esta falta de criterio en las alegaciones de los terceros interesados que se personan en el caso: así, el Alto Comisario de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas (UNHCHR) sostiene a un mismo tiempo el carácter autónomo del derecho a investigar lo sucedido, su reconocimiento o ubicación en el artículo 13 y su carácter inherente a los artículos 2, 3 y 5; la organización *Redress* deriva la obligación de esta investigación de los artículos 3 y 5 CEDH; y Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas reconocen el derecho a una investigación efectiva tanto en los artículos 3 y 5, como en el 13<sup>30</sup>.

La doctrina en alguna ocasión se ha referido a esta falta de claridad, calificando incluso de enigmática la postura reinante en el seno del Tribunal en torno a la relación entre la dimensión procesal del artículo 3 y el derecho a un recurso efectivo<sup>31</sup>. Y es que ciertamente la jurisprudencia del TEDH ofrece

<sup>28</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 256: “La Cour rappelle en outre que les exigences de l’article 13 vont au-delà de l’obligation que les articles 3 et 5 font à un Etat contractant de mener une enquête effective sur la disparition d’une personne dont il est démontré qu’il la détient et du bien-être de laquelle il est en conséquence responsable (...)”.

<sup>29</sup> Primer voto particular, §§ 3, 4, 5 y 5. Hemos de advertir que en puridad los firmantes de este primer voto se refieren al “derecho a la verdad” más que al “derecho a una investigación efectiva”. Como señalaremos en el próximo epígrafe, en nuestra opinión se trata de una misma cosa.

<sup>30</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 175, 177 y 179.

<sup>31</sup> Sobre este desorden en el seno del Tribunal en relación con la dimensión procesal del artículo 3 y el artículo 13 CEDH, véanse: BIRKER, M., “Le volet procédural de l’article 3 et ses rapports énigmatiques avec le droit à un recours effectif: CourEDH, Khachiev et Akieva. c. Russie, 24 février 2005”, *L’Europe des libertés: revue d’actualité juridique (Europe des libertés)*, n. 17, sept. 2005, p. 19; DUBOUT, E., “La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des Droits de l’Homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n. 70 (2007), pp. 397-425; HOTTELIER, M., “La nécessaire complémentarité des

no pocos ejemplos de cómo unas veces se ha reconocido este derecho en la vertiente procesal de los artículos 2, 3 o 5, otras en el artículo 13, cuando no en ambos, como es el caso que nos ocupa<sup>32</sup>.

Aunque parezca pretencioso por nuestra parte, pensamos que estas dudas se disiparán cuando el Tribunal tome la decisión de unificar criterios, lo que en nuestra opinión no resulta excesivamente complicado. Por ejemplo, si el demandante además de los artículos 2, 3 o 5 invoca en su recurso la lesión del artículo 13, reservar a los primeros las consideraciones de carácter material y a este último las de carácter procesal, no presenta ningún inconveniente y parece una decisión acorde con la naturaleza procesal que se adivina en este segundo precepto. Al abordarlo, bastaría con que el Tribunal señalara que la ausencia de una investigación efectiva habría dejado en la práctica al recurrente sin el recurso que el artículo 13 ordena al objeto de identificar y castigar a los responsables y de solicitar una indemnización por daños y perjuicios<sup>33</sup>. Si por el contrario, el recurrente no invoca el artículo 13 en su demanda, no habría mayor problema para que el Tribunal pudiera realizar las consideraciones oportunas sobre la falta de una investigación efectiva en sede de los artículos 2, 3 o 5 CEDH, subrayando la dimensión positiva que

---

droits matériels et des garanties de procédure: (Cour européenne des Droits de l'Homme, 8 août 2006, H.M. c. Turquie)”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 70, pp. 573-586; FERSCHTMAN, M., *Prohibition of Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under the European Convention on Human Rights (article 3)*, Interights manual for lawyers, Londres, 2009, pp. 65-67.

<sup>32</sup> A partir de 2007, parece que las diferentes Salas del TEDH han utilizado más el artículo 3 que el artículo 13 a la hora de ubicar el derecho a una investigación efectiva (*Zelilof c. Grecia*, n. 17060/03, de 24 de mayo de 2007; *Šečić c. Croacia*, n. 40116/02, de 31 de mayo de 2007; *Kurnaz y otros c. Turquía*, n. 36672/97, de 24 de julio de 2007). Parece que una vez declarada la lesión en sede del artículo 3, el artículo 13 se utiliza para denunciar la inexistencia, irregularidad o ineficacia de los procedimientos de indemnización, así por ejemplo, *Cobzaru c. Rumanía*, n. 48254/99, de 26 de julio de 2007; *Fabriye Çalıřkan c. Turquía* n. 40516/98, de 2 de octubre de 2007; *Kontrová c. Eslovaquia*, n. 7510/04, de 31 de mayo de 2007. Sin embargo, no podemos considerar que se trata de un enfoque absolutamente homogéneo en el seno del Tribunal pues no faltan Sentencias, como la que estamos comentando en este artículo, donde el Tribunal también sigue ubicando el derecho a una investigación efectiva en el artículo 13. Véase en este sentido, *Durmuş Kurt y otros c. Turquía*, n. 12101/03, de 31 de mayo de 2007; *Yeşil y Sevim c. Turquía*, n. 34738/04, de 5 de junio de 2007.

<sup>33</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 257 a 261; *Ĵabari c. Turquía*, n. 40035/98, de 11 de julio de 2000, § 50 *Cabal c. Reino Unido*, n. 22414/93, 15 de noviembre de 1996, § 151. *Boyle y Rice c. Reino Unido*, ns. 9659/82, 9658/82, de 27 de abril de 1988, § 52; *Cobzaru c. Rumanía*, cit., § 83; *Estamirov y otros c. Rusia*, n. 60272/00, de 12 de octubre de 2006, §§ 77 y 120; y *Musayev y otros c. Rusia*, ns. 57941/00, 58699/00 y 60403/00, de 26 de julio de 2007, § 175.



estos derechos tienen y que anteriormente ya hemos subrayado. Por último, si el Tribunal no declara la violación material de los derechos invocados pero sí llega a la conclusión de que las autoridades nacionales no abrieron la investigación efectiva que el Convenio exige cuando la demanda parece bien fundamentada, la solución no sería distinta, esto es, si el recurrente invoca el artículo 13, sería ésta la mejor sede para declarar la lesión del precepto por ausencia de la preceptiva investigación efectiva, y si por el contrario no se invocara este precepto, no habría ningún obstáculo para que al hilo de la violación material del derecho, el Tribunal subrayara la lesión de su vertiente procesal.

### III.2. *En torno al derecho a la verdad*

#### III.2.1. Sobre la autonomía del derecho a la verdad en relación con el derecho a una investigación efectiva

Los dos votos particulares concurrentes que acompañan a la Sentencia critican la referencia del § 191 en torno al impacto que sobre el “derecho a la verdad” tuvo la irregular investigación abierta por las autoridades de Macedonia. El párrafo dice así:

“A la vista de las observaciones de las partes, y especialmente de los terceros participantes, el Tribunal desea abordar otro aspecto que tiene que ver con el carácter insuficiente de la investigación abierta, a saber, su impacto sobre *el derecho a la verdad* en relación con las circunstancias pertinentes de la causa. A este respecto, el Tribunal subraya la gran importancia del presente asunto no sólo para el recurrente y su familia sino también para las otras víctimas de crímenes similares y para la sociedad en general, que también tienen derecho a saber qué fue lo que pasó. La cuestión de las entregas extraordinarias ha saltado a los titulares de las crónicas del mundo entero y ha dado lugar investigaciones abiertas por numerosas organizaciones internacionales e intergubernamentales, especialmente por órganos de defensa de los derechos del hombre de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y del Parlamento europeo. Éste último ha revelado que algunos Estados implicados no han ayudado mucho para que la verdad saliera a la luz. Al contrario, con frecuencia se ha recurrido al concepto de ‘Secreto de Estado’ para obstaculizar esa tarea (...). Así lo ha hecho el gobierno de los Estados Unidos en el marco de la demanda presentada por el recurrente ante los

tribunales americanos (...). El *informe Marty* ha concluido que el curso de los acontecimientos también ha llevado al Gobierno de Macedonia a ocultar la verdad (...)”<sup>34</sup>.

Por razones diferentes, los dos votos particulares no comparten la referencia de este parágrafo en relación con el “derecho a la verdad”. El primero de ellos, redactado por los jueces Tulkens (Bélgica), Spielmann (Luxemburgo), Sicilianos (Grecia) y Keller (Suiza), lamenta que la Sentencia no se hubiere extendido más en relación con la lesión de este derecho, calificando incluso de pusilánime la parquedad del comentario. Los firmantes subrayan que el Derecho internacional ya ha reconocido su importancia, especialmente en materia de desapariciones forzadas, por lo que, constatado que las autoridades de Macedonia no investigaron el asunto suficientemente, consideran que la Sentencia debiera haber pormenorizado todas las lesiones que el recurrente habría padecido, identificando a los responsables de cada una de ellas<sup>35</sup>.

Por su parte, en el segundo de los votos particulares, los jueces Casadevall (Andorra) y López Guerra (España) no comparten la consideración de

<sup>34</sup> La cursiva es nuestra. En su redacción oficial en francés, el § 191 dice así: “Eu égard aux observations des parties, et spécialement à celles des tiers intervenants, la Cour souhaite aborder également un autre aspect du caractère inadéquat de l’enquête menée en l’espèce, à savoir son impact sur le droit à la vérité concernant les circonstances pertinentes de la cause. A cet égard, elle souligne la grande importance de la présente affaire non seulement pour le requérant et sa famille mais également pour les autres victimes de crimes similaires et pour le grand public, qui ont le droit de savoir ce qui s’est passé. La question des ‘remises extraordinaires’ a défrayé la chronique dans le monde entier et a donné lieu à l’ouverture d’enquêtes par de nombreuses organisations internationales et intergouvernementales, notamment par les organes de défense des droits de l’homme des Nations unies, le Conseil de l’Europe et le Parlement européen. Ce dernier a révélé que certains des États concernés n’étaient guère désireux de voir la vérité éclater. La notion de ‘secret d’Etat’ a souvent été brandie pour faire obstacle à la recherche de la vérité (...), et elle a également été invoquée par le gouvernement américain dans le cadre de l’affaire portée par le requérant devant les tribunaux américains (...). Le rapport Marty a en outre conclu que ‘[l]a même démarche a[vait] induit les “autorités de l’ex-République yougoslave de Macédoine” à cacher la vérité’ (...)”. En relación a la utilización del concepto de “secreto de Estado” como instrumento para obstaculizar las investigaciones parlamentarias y judiciales, véase el doc. 12714, de 16 de septiembre de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa con el título *Les recours abusifs au secret d’Etat et à la sécurité nationale: obstacles au contrôle parlementaire et judiciaire des violations des droits de l’homme*, elaborado también por el sr. Marty.

<sup>35</sup> Primer voto particular, § 2. “(...) dans le cas de disparitions forcées, le droit à la vérité revêt un caractère particulièrement impérieux eu égard au secret entourant le sort réservé aux victimes”. § 10. “Dans ces conditions, il nous semble que l’allusion plutôt timide de l’arrêt au droit à la vérité dans le contexte de l’article 3 et sa non-reconnaissance explicite dans le contexte de l’article 13 de la Convention donnent l’impression d’une certaine frilosité”.

la mayoría de la Gran Sala en torno a la concepción del derecho a la verdad como algo distinto del derecho a que se investiguen los hechos denunciados. Concretamente se distancian de la siguiente frase del § 191: “el Tribunal desea abordar igualmente *otro aspecto irregular* de la investigación abierta sobre el fondo del asunto, a saber, su impacto sobre el derecho a la verdad en relación con las circunstancias pertinentes de la causa”<sup>36</sup>. En opinión de los firmantes, según la jurisprudencia del TEDH relativa a la dimensión procesal de los artículos 2, 3, que anteriormente hemos estudiado, cualquier denuncia creíble de malos tratos debe dar lugar a una investigación efectiva, esto es, capaz de aclarar las circunstancias del caso en relación con las causas del daño y la identidad de los responsables. Por ello, en cuanto que la finalidad de estas pesquisas no es otra que conocer la verdad sobre lo sucedido, “un análisis particular del derecho a la verdad resulta redundante”.

Vaya por delante que la bibliografía en torno a la autonomía de este derecho es prácticamente inexistente<sup>37</sup>. No lo es, en cambio, en relación con las “comisiones de la verdad”, organismos de investigación oficiales, temporales y no judiciales que se han constituido en más de 30 países con el propósito de documentar los crímenes de lesa humanidad perpetrados tras periodos convulsos de la historia<sup>38</sup>. En este sentido consideramos evidente que establecer la

<sup>36</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>37</sup> Véase, OLLERO, A., *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Eunsa, Navarra, 2005; LETSAS, G.: “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR”, *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 2 (2004), pp. 279-305.

<sup>38</sup> Como señalamos en el texto, son varias las comisiones de la verdad que hasta la fecha se han constituido. A continuación dejamos constancia de algunos trabajos que las han estudiado: MACÍAS, T., “*Tortured bodies: The Biopolitics of Torture and Truth in Chile*”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 17, n. 1 (enero, 2013), pp. 113-132; KIM, H. J., “Local, National and International Determinants of Truth Commission: The South Korean Experience”, *Human Rights Quarterly*, vol. 34, n. 3 (agosto, 2012), pp. 726-750; CUÉLLAR, P. S., “The Necessity for Establishing a Truth Commission in Colombia within its Disarmament, Demobilization and Reintegration Process”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 55 (enero-jun. 2012), pp. 165-205; ACIROKOP, P., “A Truth Commission for Uganda? Opportunities and Challenges”, *African Human Rights Law Journal*, vol. 12, n. 2 (2012), pp. 417-447; MAZZEI, J. M., “Finding Shame in Truth: The Importance of Public Engagement in Truth Commissions”, *Human Rights Quarterly: a Comparative and International Journal of the Social Sciences, Humanities, and Law*, vol. 33, n. 2 (mayo, 2011), pp. 431-452; PELSINGER, Sh., “Liberia’s Long Tail: How Web 2.0 is Changing and Challenging Truth Commissions”, *Human Rights Law Review*, vol. 10, n. 4 (2010), pp. 730-748; MARKO-STÖCKL, E., “My Truth, your Truth, our Truth?: The role of History Teaching and Truth Commissions for Reconciliation in Former Yugoslavia”, *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 7 (2007/8), pp. 327-352; PLESSIS, M., “Transitional Justice: A Future Truth Commission for Zimbabwe?”, *International and Comparative Law Quarterly*,

verdad sobre los crímenes perpetrados es al mismo tiempo un derecho y una obligación en cualquier ordenamiento que se fundamente sobre el valor de la justicia. Pero en el marco del CEDH, nosotros coincidimos con el segundo de estos votos y nos distanciamos de la consideración del primero. Del tenor literal de la Sentencia pareciera, efectivamente, que el “derecho a la verdad” fuera algo diferente al derecho a una investigación efectiva. Y aunque el primer voto particular en ningún momento afirme su carácter autónomo, se refiere a él como si lo fuera efectivamente. El voto particular perdería su sentido si los jueces que lo firman pensarán que se trata de lo mismo, pues la Sentencia subraya con detenimiento la importancia del derecho a una investigación efectiva para esclarecer los hechos que se denuncian.

Así es, el primer voto particular hace hincapié en que el derecho a la verdad ya está reconocido tanto en el Derecho internacional y europeo relativo a los derechos del hombre (§ 8) como en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (§ 9)<sup>39</sup>. Sin embargo, los argumentos que emplean estos jueces para subrayar la entidad de este derecho coinciden, en nuestra opinión, con los que utiliza la Sentencia cuando se refiere a la necesidad de abrir una investigación efectiva siempre que la denuncia parezca fundada<sup>40</sup>: los firmantes señalan que la búsqueda de la verdad constituye la

---

vol. 58, 1 (enero 2009), pp. 73-117; BISSET, A., “Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, no. 5 (noviembre. 2009), pp. 963-982; LAPLANTE, L. J., “Truth with Consequences: Justice and Reparations in Post-Truth Commission Peru”, *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n. 1 (febrero 2007), pp. 228-250; PFANNER, T., “Truth and Reconciliation Commissions”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n. 862 (junio, 2006), pp. 221-373; FREEMAN, M., *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2006; KELSALL, T., “Truth, Lies, Ritual: Preliminary Reflections on the Truth and Reconciliation Commission in Sierra Leone”, *Human Rights Quarterly*, vol. 27, n. 2 (2005), pp. 361-391; QUINN, J. R., “Lessons learned: Practical Lessons Gleaned from Inside the Truth Commissions of Guatemala and South Africa”, *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n. 4 (2003), pp. 1117-1149; ORREGO, F., “Dialogue for Reconciliation: A Supplementary Step for Truth Commissions”, *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, edited by Lal Chand Vohrah *et al.*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pp. 641-653. PINTO, M. C. W., “Truth and Consequences or Truth and Reconciliation?: Some Thoughts on the Potential of Official Truth Commissions”, *Man’s inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese*, edited by Lal Chand Vohrah *et al.*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pp. 693-728; CHAPMAN, A. R., “The Truth of Truth Commissions: Comparative Lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala”, *Human Rights Quarterly*, vol. 23, no. 1 (febrero, 2001), pp. 1-43.

<sup>39</sup> Pacto de San José, 1969. En adelante CADH.

<sup>40</sup> Sobre el concepto de “recurso bien fundado” o “creíble”, véanse, HAMPSON, F., “The Concept of an ‘Arguable Claim’ Under Article 13 of de European Convention on Human Rights”,

finalidad objetiva de la obligación de abrir una investigación; que ésta ha de ser transparente, independiente, llevada a cabo de manera diligente y sus resultados han ser públicos; que el conocimiento de la verdad contribuye a reforzar la confianza de la sociedad en las instituciones y en el Estado de Derecho; que para las personas afectadas, la familia y los allegados de las víctimas, conocer lo que pasó constituye una forma de reparación a veces más importante que el reconocimiento de una indemnización; y que el silencio no contribuye, sino todo lo contrario, al restablecimiento de la normalidad<sup>41</sup>. Como decimos, estas consideraciones no son, en nuestra opinión, distintas de las que la Sentencia vierte cuando denuncia la falta de una investigación que ayude a esclarecer los hechos. Resulta además difícil que sea de otra manera, pues investigar significa exactamente eso: descubrir, aclarar, aumentar el conocimiento sobre una determinada circunstancia o materia<sup>42</sup>. Se trata de una secuencia natural de ideas que no necesita de mayor explicación: el recurso no es efectivo si no da lugar a una investigación capaz de conducir a la verdad.

Es cierto que la Sentencia sólo se refiere expresamente al derecho a la verdad en el § 191, que antes hemos reproducido, y en el § 193, que termina reconociendo que la investigación abierta no fue efectiva porque no buscó el conocimiento de la verdad<sup>43</sup>. Pero en ningún momento ello transmite la impresión de la falta de interés o de preocupación que el primer voto particular lamenta. En puridad, toda la Sentencia gira en torno a la misma idea. En el § 192, por ejemplo, el TEDH advierte que más allá de la complejidad de las circunstancias que pueda revestir un asunto, como sucede con el presente, cuando se trata de denuncias de graves violaciones de los derechos humanos, es necesario que las autoridades respondan de manera que se preserve la con-

---

*International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, n. 4 (1990), pp. 891-899; LAGERGREN, G., "Some Reflections on the Application of Article 6 §1 and Article 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", *Festskrift Till Lars Hjerper: Studies in International Law*, Stockholm, 1990, pp. 313-326.

<sup>41</sup> Apartado 6 del Voto Particular.

<sup>42</sup> Se corresponde con las tres acepciones que el diccionario de la Real Academia Española atribuye al verbo investigar: 1. Hacer diligencias para descubrir algo. 2. Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia. 3. Aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente.

<sup>43</sup> § 193. "A la vista de las consideraciones más arriba señaladas, la Corte concluye que la investigación llevada a cabo no puede ser considerada como una investigación efectiva que permita la identificación y el castigo de los responsables de los hechos denunciados ni la búsqueda de la verdad".

fianza de la sociedad en el principio de legalidad, evitando cualquier apariencia de complicidad o de tolerancia con actos ilícitos. Por ello, la sociedad tiene derecho –en estos términos se expresa el Tribunal– a comprobar que tanto en la teoría como en la práctica la investigación trata verdaderamente de buscar la existencia de responsabilidades<sup>44</sup>. Al igual que los firmantes del segundo de los votos, nosotros tampoco entendemos que este derecho pueda ser concebido como algo distinto del derecho a una investigación efectiva.

Dicho esto, nos preguntamos si en el seno del Tribunal se vislumbra una cierta tendencia hacia la posición que venimos criticando. Lo decimos porque con posterioridad a la Sentencia *El-Masri c. Macedonia*, encontramos un voto parcialmente disidente a la Sentencia *Janowiec y otros c. Rusia*, de 21 de octubre de 2013, donde se señala que “en Derecho internacional hay un claro reconocimiento del derecho a la verdad”<sup>45</sup>. De los cuatro jueces que lo firman, solo uno de ellos participó también en la redacción del primer voto particular a la Sentencia *El-Masri c. Macedonia*<sup>46</sup>, lo que denota que aquella opinión no fue algo aislado y puntual sino que en el seno del Tribunal parece que hay una cierta corriente, minoritaria aún, que milita a favor del reconocimiento de la entidad propia de este derecho.

Además de recurrir al Derecho internacional, los jueces que firman este voto particular a la Sentencia *Janowiec y otros c. Rusia*, utilizan también como argumento de apoyo que el TEDH ya ha reconocido la existencia de este derecho en los casos *El-Masri c. Macedonia* (2012), *Asociación “21 de diciembre de 1989” y otros c. Rumanía* (2011) y *Varnava y otros c. Turquía* (2008). En nuestra opinión, sin embargo, de estas resoluciones no se deriva la consecuencia que los firmantes pretenden deducir: en la primera, en la que estamos principalmente centrados en este trabajo, la Gran Sala se refiere al “derecho a la verdad” (§ 191) como expresión natural del derecho a que los recursos planteados den lugar a una investigación que esclarezca los hechos denunciados en la demanda; en la misma línea, la segunda de estas Sentencias reconoce el derecho de las víctimas y de sus familias a conocer la verdad, pero entendiéndolo no como un derecho autónomo sino como una manifestación del derecho a la investigación judicial efectiva que se deriva de la dimensión procesal del

<sup>44</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 192.

<sup>45</sup> § 9 del voto particular de los jueces Ziemele, De Gaetano, Laffranque y Keller.

<sup>46</sup> Ziemele (Letonia), De Gaetano (Malta), Laffranque (Estonia) y Keller (Suiza). De estos jueces, sólo Keller firmó el primer voto particular de la Sentencia *El-Masri c. Macedonia*.

artículo 2 CEDH<sup>47</sup>; y la tercera, que resuelve un caso de desapariciones forzadas, tampoco realiza ningún reconocimiento en el sentido que apuntan los firmantes, sino que sus consideraciones se mueven igualmente en el ámbito de la dimensión procesal de los artículos 2 y 3 CEDH<sup>48</sup>.

Sí es cierto, como apunta este voto particular a la Sentencia *Janowiec y otros c. Rusia*, y como también señala el primer voto particular a la Sentencia *El-Masri c. Macedonia*, que el Derecho internacional ha reconocido un “derecho a la verdad”, que se invoca principalmente en relación con violaciones masivas de derechos humanos en el marco de conflictos armados o de regímenes dictatoriales. Así, el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias ha reconocido que “las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos del hombre y los miembros de sus familias tiene el derecho de conocer la verdad sobre los acontecimientos acaecidos, y especialmente de conocer la identidad de los autores de los hechos que hubieren dado lugar a estas violaciones (...)”<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Asociación “21 de diciembre de 1989” y otros c. Rumania*, cit., §144: “La Cour a déjà souligné ci-dessus l’importance du droit des victimes et de leurs familles et ayants droit de connaître la vérité sur les circonstances d’événements impliquant la violation massive de droits aussi fondamentaux que le droit à la vie, qui implique le droit à une enquête judiciaire effective et l’éventuel droit à la réparation (...)”.

<sup>48</sup> *Varnava y otros c. Turquía*, cit., § 194 “La Cour conclut à la violation continue de l’article 2 à raison de la non-réalisation par l’Etat défendeur d’investigations effectives visant à faire la lumière sur le sort des neuf hommes disparus en 1974” § 202. “La Cour ne voit rien qui puisse l’amener à s’écarter de ce constat en l’espèce. Compte tenu de la durée des épreuves subies par les proches des disparus et de l’attitude d’indifférence que les autorités opposent à leur angoisse extrême quant au sort des intéressés, la Cour estime que la situation atteint un niveau de gravité suffisant pour tomber sous le coup de l’article 3. Partant, elle conclut à la violation de cette disposition dans le chef des requérants”. A la legitimación de los familiares se refiere el § 200: “(...) Parmi les autres facteurs pertinents figurent la proximité de la parenté, les circonstances particulières de la relation, la mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question et sa participation aux tentatives d’obtention de renseignements sur le disparu (*Tamış*, précité, § 219)”.

<sup>49</sup> Este Grupo de Trabajo, que se crea por Resolución n. 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, reconoce el derecho a la verdad como derecho autónomo en su primer informe (E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, § 187). También lo hacen otras organizaciones o instituciones internacionales a nivel general y regional, véase por ejemplo el “Estudio sobre el derecho a la verdad” del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/CN.4/2006/91, de 8 de febrero de 2006) y por organizaciones intergubernamentales, como la Comisión sobre los Derechos Humanos y ahora Consejo sobre Derechos Humanos (resoluciones 2005/66 de 20 de abril de 2005, de la Comisión; decisión 2/105, de 27 de noviembre de 2006; resoluciones 9/11, de 24 de Septiembre de 2008 y 12/12, de 12 de octubre de 2009 sobre el derecho a la verdad adoptadas por Consejo de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas.

Pero en nuestra opinión, decir esto y decir que las víctimas y las familias tienen derecho a que se investigue lo sucedido es lo mismo. Ambos conceptos son perfectamente intercambiables.

Es más, diríase que la mayor o menor utilización de uno u otro concepto depende del ámbito regional en el que nos movamos. Así, mientras que, por lo general, el TEDH prefiere hablar del “derecho a una investigación efectiva”, en el ámbito de la CADH son más frecuentes las referencias al “derecho a la verdad”. Sobre todo, la jurisprudencia de la CIDH ha utilizado este concepto al hilo de las llamadas “desapariciones forzadas”. Estas son calificadas como crímenes de lesa humanidad por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 18 de julio de 1998 (art. 7.1.i), que las define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” (artículo 7.2.i)<sup>50</sup>. La CIDH señala como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> También, la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 2006, entrando en vigor el 23 de diciembre de 2010: “Artículo 1.1. Nadie será sometido a una desaparición forzada. Artículo 1.2. Ninguna circunstancia excepcional, sea por una situación de guerra, o de amenaza de guerra, de inestabilidad política interior o cualquier otra situación de excepción, no podrá ser invocada para justificar una desaparición forzada. Artículo 2. Al objeto de la presente Convención, se entiende por ‘desaparición forzada’, la detención, la retención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad por parte de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado (...)”. En relación con el compromiso de los tribunales nacionales con la defensa del derecho internacional de los derechos humanos, BIDART, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 632 y ss.

<sup>51</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, SCIDH) *Gudiel Álvarez y otros (“diario militar”) c. Guatemala*, de 20 de noviembre de 2012, §§ 192 y 193. En el § 196 señala que “el análisis jurídico de la desaparición forzada debe ser consecuente con la violación compleja de derechos humanos que esta conlleva. En este sentido, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima. El análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la



Este concepto de “desapariciones forzadas” no es desconocido en el ámbito del Consejo de Europa. La Resolución núm. 1463 de la Asamblea Parlamentaria, de 3 de octubre de 2005, señala que se trata de una privación de libertad no reconocida o en la que no se revela ni la suerte ni el lugar de la persona desaparecida, que ha quedado absolutamente fuera de la protección de la ley (§ 1); condena categóricamente esta práctica, que considera como una violación muy grave de los derechos del hombre, al mismo nivel que la tortura y la muerte (§ 2); y reconoce el derecho de la familia “a conocer la verdad”, esto es, “el derecho a ser informada sobre la suerte del desaparecido (§ 10.2)”<sup>52</sup>.

Es precisamente ésta la idea que queremos subrayar: el derecho a conocer a la verdad es el derecho a ser informado sobre la suerte del detenido o del desaparecido. No se trata de derechos distintos. Y si hemos reconocido que el “derecho a la verdad” tiene un especial protagonismo cuando se trata de una “desaparición forzada” (sobre todo en el ámbito de la CADH, pero también en el ámbito del Consejo de Europa, como acabamos de señalar), lo cierto es que una “entrega extraordinaria” no deja de ser una “desaparición forzada” en la que, fuera de cualquier procedimiento jurídico, el detenido pasa de la jurisdicción de un Estado a la jurisdicción de otro. En todo lo demás, el hecho tipificado reúne los mismos elementos, incluso en lo que se refiere a los sujetos legitimados para recurrir, último aspecto al que nos referimos en el siguiente epígrafe<sup>53</sup>.

---

detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana”.

<sup>52</sup> Résolution 1463 (2005). Disparition forcées (discutida por la Asamblea parlamentaria el 3 de octubre de 2005): “1. Le terme de ‘disparition forcée’ recouvre la privation de liberté, le refus de reconnaître cette privation de liberté ou de révéler le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve, et la soustraction de la personne à la protection de la loi. 2. L’Assemblée parlementaire condamne catégoriquement la disparition forcée, qu’elle considère comme une violation très grave des droits de l’homme, au même titre que la torture et le meurtre, et elle constate avec préoccupation que, même en Europe, ce fléau humanitaire continue de sévir. (...). 10.2. Les membres de la famille de la personne disparue devraient être reconnus comme des victimes à part entière de la disparition forcée et bénéficier d’un ‘droit à la vérité’, c’est-à-dire d’un droit d’être informés du sort du disparu”.

<sup>53</sup> En este sentido también se pronuncian NAPOLETANO, N., “Extraordinary renditions, tortura, sparizioni forzate e ‘diritto alla verità’: alcune riflessioni sul caso El-Masri”, pp. 331-364, y MUSSI, F., “Extraordinary renditions as Enforced Disappearances? The Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, pp. 365-377, ambos en *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 7, n. 2 (2013).

### III.2.2. El pretendido derecho de la sociedad a conocer la verdad

Los jueces Casadevall y López Guerra también critican en su voto particular la referencia del § 191 de la Sentencia en relación “a la gran importancia del presente asunto no sólo para el recurrente y su familia sino también para las otras víctimas de crímenes similares y para la sociedad en general, que también tienen derecho a saber qué fue lo que pasó”<sup>54</sup>. Estos dos jueces recuerdan que “en cuanto al derecho a la verdad, es la víctima y no el público en general, quien tiene este derecho a la luz del artículo 3 de la Convención, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte”.

Así es, a diferencia del ordenamiento constitucional español donde para interponer el recurso de amparo se legitima a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, el CEDH otorga la legitimación activa para interponer la demanda ante el TEDH exclusivamente a la víctima del derecho lesionado<sup>55</sup>. Este concepto ha sido interpretado por el Tribunal de manera autónoma e independiente de las reglas que rigen en Derecho interno<sup>56</sup>, y lo ha hecho sin excesivo formalismo, a la luz de las circunstancias que se planteaban en cada caso<sup>57</sup>, teniendo en cuenta las condiciones de vida del momento<sup>58</sup>, y distinguiendo entre la condición de víctima directa e indirecta, considerando en diversas ocasiones que los familiares reúnen esta segunda condición<sup>59</sup>.

Es cierto que frente a graves violaciones de los derechos humanos, diversos textos internacionales, la CIDH y el mismo TEDH, como estamos viendo en esta Sentencia, se refieren al derecho de la sociedad a conocer la verdad<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 191.

<sup>55</sup> El artículo 34 CEDH reconoce la legitimidad para presentar una demanda ante el Tribunal a “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos (...)”.

<sup>56</sup> *Gorraiz Lizarraga y otros c. España*, n. 62543/00, de 27 de abril de 2004, § 35.

<sup>57</sup> *Siliadin c. Francia*, n. 73316/01, de 26 de Julio de 2005, § 63.

<sup>58</sup> *Gorraiz Lizarraga y otros c. España*, cit., § 38; *Monmat c. Suiza*, 73604/01, de 21 de septiembre de 2006, §§ 30-33.

<sup>59</sup> Por ejemplo, en relación con el artículo 2 CEDH, el Tribunal ha admitido a trámite el recurso de la esposa de la víctima (*McCann y otros c. Reino Unido*, n. 18984/91, de 27 de septiembre de 1995) o del sobrino del difunto (*Yasa c. Turquía*, n. 22281/93, de 27 de junio de 2002, § 66); y en relación con el artículo 3 CEDH, el Tribunal ha admitido el recurso de la madre de un hombre desaparecido durante su privación de libertad; o de la madre denunciado el internamiento de su hija menor en un centro de internamiento (*Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit.).

<sup>60</sup> Véase el Catálogo de Principios para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos para Combatir la Impunidad, del Comité Económico y Social de Naciones Unidas (E/CN.4/2005/102/

Nosotros entendemos que con ello no se está reconociendo una especie de acción popular para denunciar tales violaciones sino que se recurre a este concepto para subrayar que el conocimiento de la verdad es el mejor instrumento para evitar que tales violaciones se repitan en el futuro.

Por ejemplo, en el ámbito de la jurisdicción de la CIDH, la Sentencia *Barnaca Velásquez c. Guatemala* (2000), señala que si bien la Comisión había llegado a la conclusión de que el Estado había violado “el derecho a la verdad de los familiares de la víctima y de la sociedad en su conjunto”, y que “éste es un derecho que tiene la sociedad y que surge como principio emergente del Derecho internacional bajo la interpretación dinámica de los tratados de dere-

---

Add.1, de 18 de febrero de 2005). La Organización de Naciones Unidas ha reconocido la importancia de la determinación de la verdad con respecto a las violaciones manifiestas de los derechos humanos para la consolidación de los procesos de paz y reconciliación: Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución respecto a las personas desaparecidas en Chipre de 9 de diciembre de 1975, 3450 (XXX), Preámbulo; Resolución respecto de la situación de los derechos humanos en El Salvador de 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/149, Preámbulo y párr. 4; Resolución sobre la situación de los derechos humanos en Haití de 29 de febrero de 2000, A/RES/54/187, párr. 8; Resolución sobre la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala de 28 de enero de 2003, A/RES/57/161, párr. 17; Resolución sobre asistencia para el socorro humanitario, la rehabilitación y el desarrollo de Timor Leste de 13 de febrero de 2003, A/RES/57/105, párr. 12; Resolución sobre la promoción y protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo de 19 de setiembre de 2008, A/HRC/9/L.23, Preámbulo; Resolución sobre la Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas de 23 de junio de 2010, A/HRC/RES/14/7, Preámbulo; Resolución sobre el Derecho a la Verdad de 12 de octubre de 2009, A/HRC/RES/12/12, párr. 1; Resolución sobre Genética Forense y Derechos Humanos de 6 de octubre de 2010, A/HRC/RES/15/5, Preámbulo; Resolución sobre el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de 26 de setiembre de 2011, A/HRC/18/L.22, Preámbulo, y Resolución sobre el Derecho a la Verdad de 24 de setiembre de 2012, párr.1. Lo anterior encuentra apoyo en el derecho internacional humanitario, según el cual los familiares tienen el derecho a conocer la verdad acerca de la suerte de las víctimas desaparecidas, entre ellas las víctimas de desapariciones forzadas, lo cual es aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales: La Norma 117 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales establece: “[l]as partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto”. Comité Internacional de la Cruz Roja, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, vol. I, editado por Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, 2007, p. 477. Véase, también, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/60, Las personas desaparecidas, 55.ª sesión, 25 de abril de 2002, párrs. 2-4; Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 3220 (XXIX), Asistencia y Cooperación para Localizar a las Personas Desaparecidas o Muertas en Conflictos Armados, 29º período de sesiones, 6 de noviembre de 1974, párr. 2.

chos humanos y, en específico, de los artículos 1.1, 8, 25 y 13 de la Convención Americana”<sup>61</sup>, el Tribunal termina reservando la legitimación procesal a las víctimas y a sus familiares: “de todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”<sup>62</sup>. En *Gudiel Álvarez y otros (“diario militar”) c. Guatemala* (2012), sucede algo parecido, pues si bien en un primer momento se sostiene que “la Corte ha considerado que los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y la sociedad tienen el derecho a conocer la verdad, por lo que deben ser informados de lo sucedido”<sup>63</sup>, a continuación se precisa que en particular sobre casos de desaparición forzada, la Corte ha establecido que el derecho a conocer la verdad es parte del “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”<sup>64</sup>. Admitiendo la necesidad de que la verdad sea conocida por todos, la Corte termina reconociendo que el derecho, en el sentido procesal, hay que predicarlo de las víctimas y sus familiares: “la privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos”<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Sentencia de 25 noviembre 2000, serie C, núm. 70 (Fondo), párr. 163.

<sup>62</sup> Sentencia de 25 noviembre 2000, cit., párr. 201.

<sup>63</sup> *Gudiel Álvarez y otros (“diario militar”) c. Guatemala*, de 20 de noviembre de 2012, §§ 301 y 302.

<sup>64</sup> *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. Fondo*, Sentencia de 28 de julio de 1988, Serie C n° 4, párr. 181, y *Caso Gelman c. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n° 221, párr. 243.

<sup>65</sup> *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, cit., párr. 181, y *Caso Gelman c. Uruguay*, cit., párr. 243. Véase también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Quinteros c. Uruguay*, Comunicación núm. 107-1981, 21 julio 1983, párr. 14. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake c. Guatemala*, sent. de 24 enero 1998, serie C, núm. 36 (Fondo): “Por lo tanto, la Corte estima que tal sufrimiento, en detrimento de la integridad psíquica y moral de los familiares del señor Nicholas Blake, constituye una violación, por parte del Estado, del artículo 5° de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma. [...] Esta cuestión que plantea la Comisión, solo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos”. (párrs. 114-116). Hay que tener presente que el artículo 32 del Protocolo I de Ginebra reconoce el “derecho de los familiares a conocer la suerte de su familiar [desaparecido]”.

En nuestra opinión, es exclusivamente en este sentido en el que se expresa la Gran Sala cuando se refiere a la trascendencia de este asunto de las entregas extraordinarias para la opinión pública. De la Sentencia, en ningún momento se deriva una atribución de la legitimación para denunciar la violación de este derecho a la sociedad en general. Es más, pese a que el primer voto particular lo insinúe, cuando afirma que “el derecho a la verdad no es un derecho desconocido en la jurisprudencia del TEDH”<sup>66</sup>, lo cierto es que el Tribunal nunca ha reconocido este derecho a conocer la verdad como algo distinto al derecho a una investigación efectiva sino que, en esa ambivalencia que ya hemos comentado, siempre ha entendido que se trata de una manifestación bien de la dimensión procesal de los derechos anteriormente citados, bien del derecho a un recurso efectivo del artículo 13<sup>67</sup>. A mayor abundamiento, vale la pena también recordar que el Comité de los Derechos del Hombre y el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias se han referido exclusivamente a las víctimas y a sus familias cuando se han pronunciado sobre el derecho a conocer la verdad sobre las violaciones flagrantes de los derechos del hombre.

#### IV. LA VERTIENTE MATERIAL DE LOS DERECHOS EN LIZA

Hemos de reconocer que la doctrina sustantiva que se vierte en esta Sentencia, no innova la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal en torno a los derechos reconocidos en los artículos 3, 5 y 8 del CEDH. Por ello, los fundamentos que apoyan la decisión final del Tribunal no dejan de ser interesantes. Primero, por la gravedad de las lesiones de las que hablamos; y segundo, porque la repercusión mediática que la Sentencia adquiere al condenar las operaciones secretas que los Estados Unidos estaban llevando a cabo concede a esta doctrina una proyección extraordinaria<sup>68</sup>. Quedaría incompleto este trabajo si no expusiéramos las razones materiales que condujeron a una Sentencia estimatoria.

<sup>66</sup> Primer voto particular, § 5. “Le droit à la vérité n’est pas inconnu dans notre jurisprudence et il ne s’agit pas davantage d’un nouveau droit. Il est, en effet, largement implicite dans d’autres dispositions de la Convention, notamment dans le volet procédural des articles 2 et 3 qui garantissent un droit à une enquête associant le requérant et sous le contrôle du public”.

<sup>67</sup> Véase la STEDH *Varnava y otros c. Turquía*, cit., §§ 200-02, donde se hacen unas interesantes manifestaciones en relación con la legitimidad para recurrir, que se reconoce a los familiares, no a la sociedad en general.

<sup>68</sup> Especial mención merecen las abiertas por órganos de defensa de los derechos del hombre de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y del Parlamento europeo, destacando sobre todas el

IV.1. *En relación con el artículo 3 CEDH*

Nadie, bajo ninguna circunstancia, puede ser sometido a torturas ni a trato o penas inhumanas o degradantes. Se trata de una prohibición absoluta y sin excepciones<sup>69</sup>. Así se reconoce en el artículo 3 del CEDH y en varios tratados internacionales, como los cuatro convenios de Ginebra<sup>70</sup> de 1949; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984 y el Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987.

De este mandato, claro y conciso, que el Tribunal concibe además como un valor fundamental en una sociedad democrática, se deduce no sólo la obligación negativa<sup>71</sup> del Estado de no lesionar el derecho sino también el deber

---

*informe Marty*, al que ya nos hemos referido anteriormente, donde se denuncia la oposición de los Estados Unidos a investigar estas prácticas, invocando al efecto la categoría de “Secreto de Estado”, y donde se lamenta que la colaboración de algunos Estados del Consejo de Estado en el esclarecimiento de estas operaciones ha dejado mucho que desear. Véase *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 46, 63 y 103.

<sup>69</sup> En este sentido, *Soering c. Reino Unido*, cit., § 88; *Bati y otros c. Turquía*, cit., § 120. En *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., § 55, la Corte recuerda “el carácter absoluto de la prohibición del artículo 3 del Convenio”. Sobre la contribución del TEDH a la proscripción absoluta de la tortura, véanse, DIPLA, H., “The Contribution of the European Court of Human Rights to the Absolute Ban of Torture: The Practice of Diplomatic Assurances”, en *La Convention Européenne des Droits de l’Homme, un instrument vivant: mélanges en l’honneur de Christos L. Rozakis*, édité par Dean Spielmann, Marialena Tsirli, Panayotis Voyatzis, Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 155-179; GENTILI, G., “European Court of Human Rights: An Absolute Ban on Deportation of Foreign Citizens to Countries where Torture or Ill-Treatment is a genuine risk”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 2 (abril, 2010), pp. 311-322; FERSCHTMAN, M., *Prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment under the European Convention on Human Rights (article 3)*, cit., pp. 5-9; TWISS, S.B., “Torture, justification, and human rights: toward an absolute proscription”, *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n. 2 (mayo, 2007), pp. 346-367; MAVRONICOLA, N., “What is an ‘Absolute Right’? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, n. 4 (2012), pp. 723-758.

<sup>70</sup> I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

<sup>71</sup> En relación con esta obligación negativa, FERSCHTMAN, M., *Prohibition of Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under the European Convention on Human Rights (article 3)*, cit., pp. 48-57.

de adoptar las medidas necesarias para contribuir a su efectividad. Recalcando la actitud vigilante y preventiva que se espera de los poderes públicos, el Tribunal califica esta obligación de “positiva”, esto es, la prohibición del artículo 3 CEDH, leída en conexión con el artículo 1 CEDH, exige de los Estados una actitud activa: hay que arbitrar los mecanismos suficientes para preservar este derecho<sup>72</sup>, para garantizar que las personas van a recibir un trato acorde con la dignidad humana, especialmente los grupos más vulnerables de la sociedad. La responsabilidad del Estado puede, por tanto, verse comprometida cuando las autoridades no lo hacen<sup>73</sup>.

A diferencia de otros preceptos de la Convención, el artículo 3 no contempla ninguna excepción, no prevé ninguna situación en la que este derecho pudiera quedar restringido, como sucede, por ejemplo con el artículo 5.1 o como en el párrafo segundo de los artículo 8 a 11 CEDH. Tampoco en caso de que se declarara el estado de excepción esta prohibición de tortura y de tratos o penas inhumanos o degradantes podría ser derogada o suspendida, tal y como advierte el artículo 15.2 del CEDH<sup>74</sup>. Ni en las circunstancias más difíciles, como puede ser la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, ni por abyectos que fueran los crímenes atribuidos a la persona, la prohibición del artículo 3 puede ser mitigada de ninguna manera. La prohibición lo es en términos absolutos<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., 198; *Rabimi c. Grecia*, cit., § 62; *Mubilanzila y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., § 53; *Z y otros c. Reino Unido*, n. 29392/95, de 10 de mayo de 2001, § 73; *A. c. Reino Unido*, n. 25599/94, de 23 de septiembre de 1998, § 22; *Soering c. Reino Unido*, cit., § 88.

<sup>73</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 198, que cita a *Mabmut Kaya c. Turquía*, n. 22535/93, de 28 de marzo de 2000, § 115. En relación con la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987, como instrumento de extraordinaria importancia para la promoción de la dignidad de las personas, véase ROUGET, D., “La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Un outil essentiel de promotion de la dignité des personnes privées de liberté”, *Le Cahiers de l’Institut des droits de l’homme*, n. 2, 1996, pp. 17-31; FOURTEAU, H., *L’application de l’Article 3 de la Convention européenne des Droits de l’Homme dans le droit interne des États membres: l’impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, LGDJ, Paris, 1996.

<sup>74</sup> Al respecto, *Selmouni c. Francia*, cit., § 95; y *Labita c. Italia*, n. 26772/95, de 6 de abril de 2000, § 119.

<sup>75</sup> *Chahal c. Reino Unido*, cit., § 79, y *Labita c. Italia*, cit., § 119. ¿Es justificable la tortura cuando se trata de evitar actos de terrorismo? Sobre este dilema moral, sobre la eficacia de la tortura para combatir el terrorismo en el medio y largo plazo, desde un planteamiento de una defensa a ultranza de la prohibición que ordena el Convenio, véase GINBAR, Y., *Why not Torture Terrorists? Moral, Practical and Legal Aspects of the “Ticking bomb” justification for torture*, Oxford University

Los elementos a tomar en consideración para concluir si ha existido tortura o trato inhumano o degradante no se pueden determinar con carácter general y abstracto sino que se han de valorar a la luz de las circunstancias que se presenten en cada caso. Al realizar este examen, el TEDH atiende especialmente a la naturaleza del tratamiento aplicado, a la duración que haya tenido, el contexto en el que se hubiere practicado, los efectos físicos y/o mentales que hubiere podido causar, al sexo, la edad, la madurez, la capacidad intelectual y emocional de la víctima y a su estado de salud<sup>76</sup>. A la luz de todos estos elementos el Tribunal decidirá si las medidas aplicadas reúnen el mínimo nivel de gravedad para calificar dichas acciones (u omisiones) de trato inhumano o degradante<sup>77</sup>.

En cuanto a la distinción que el artículo 3 hace entre tortura y tratos inhumanos o degradantes, el TEDH recuerda que con esta diferente nomenclatura, la Convención distingue aquellas conductas especialmente infames, provocadas deliberadamente para hacer sufrir con crueldad. Esto es, los malos tratos o el trato degradante adquiere la condición de tortura cuando la gravedad del trato va acompañada de un elemento de intencionalidad. En Derecho interno, la STC 120/1990, FJ. 9, ha señalado que “en su significación jurídica, se trata de nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos,

---

Press, Oxford, New York, 2010. Sobre la legitimidad de la tortura en aras de la seguridad nacional, NUNES, CH., “In the name of national security: torture and imperialist ideology in Sheridan’s In the Name of the Father and Jordan’s Breakfast on Pluto”, *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n. 4 (noviembre, 2009), pp. 916-933; ALVANOU, M., “Combating Terrorism and Human Rights Protection: The Ticking Bomb Theories and Torture”, *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 8, n. 1 (2004), pp. 33-52; VANDOVA, V., “Kidnapped by the State: Extraordinary Rendition and Secret Detention in the war on terror”, *Interibts Bulletin*, vol. 16, n. 1 (2010), pp. 2-47.

<sup>76</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 196. Véase también, *Rabimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, § 86: la apreciación del umbral del mínimo de gravedad de un tratamiento al objeto de considerarlo prohibido por el artículo 3 de la Convención es relativo por principio. Dependerá al mismo tiempo de los hechos de la causa (*Labita c. Italia*, cit., § 120) y notablemente de la naturaleza y el contexto del tratamiento, de su duración y de sus efectos psíquicos o mentales, así como, a veces, del sexo, de la edad y del estado de salud de la víctima (*Price c. Reino Unido*, n. 33394/96, de 10 de julio de 2001, § 24; *Mikadzé c. Rusia*, n. 52697/99, de 7 de junio de 2007, § 108). En el mismo sentido, *Mubilanzila y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., § 48; *Assenov y otros, c. Bulgaria*, cit., § 94: “the assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and/or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim”.

<sup>77</sup> En relación con el mínimo nivel de gravedad, FERSCHTMAN, M., *Prohibition of Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under the European Convention on Human Rights (article 3)*, cit. pp. 3-7.



denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”. No se trata, pues, de una diferencia cualitativa sino más bien de intensidad. Así lo reconoce también el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes: el término tortura se utiliza para hacer referencia a la intención de causar un daño, un dolor, un sufrimiento especialmente grave, sean físicos o mentales, con la finalidad de obtener una información, una confesión, de castigar, de intimidar o de coaccionar<sup>78</sup>.

Aun cuando estos elementos que hacen referencia a la gravedad del daño y a la intencionalidad de la medida puedan ayudar a distinguir la tortura de los malos tratos, hemos de tener presente que estamos ante conceptos cuyo significado puede cambiar con el tiempo, de manera que un acto que quizá en el pasado podría haber sido calificado de trato degradante o inhumano, hoy podría ser calificado de “tortura”. La conciencia cada vez mayor sobre el contenido y alcance de los derechos humanos se traduce en una mayor firmeza en la evaluación de los actos lesivos de los mismos. De ahí deriva esta concepción cambiante sobre la gravedad del daño, apunta la Sentencia<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Artículo 1.1 del Convenio de Naciones Unidas: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Al respecto, *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 196 y 197; *Ilban c. Turquía*, n. 22277/93, de 27 de junio de 2000, § 85; *Aksoy c. Turquía*, cit., § 62. En relación con el concepto de torturas, *Martínez Salas y otros c. España*, n. 38715/06, de 2 de noviembre de 2004, § 156; *San Argimiro Isasa c. España*, n. 2507/07, de 28 de septiembre de 2010, § 41.

<sup>79</sup> “That is why certain acts which were classified in the past as ‘inhuman and degrading treatment’ as opposed to ‘torture’ could be classified differently in the future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies” (*Selmouni c. Francia*, cit., § 101). Precisamente, en relación con el artículo 3, el TEDH dijo que si bien el castigo a un menor delincuente era aceptable en 1956, no lo es en 1978, de acuerdo con las normas de la Convención (*Tyrer c. Reino Unido*, cit.).

En el caso objeto de nuestro estudio, el recurrente estuvo detenido durante casi cinco meses. De todas las medidas que se le practicaron, el Tribunal califica de tortura el trato que recibió de los agentes americanos en el aeropuerto de Skopje. Quizá por separado, cada una de ellas podría haber recibido la calificación de trato inhumano o degradante, pero el Tribunal entendió que todas ellas en conjunto denotaban la premeditada intención de infligir un dolor y un sufrimiento agudo con el propósito de intimidar para obtener información y también con ánimo de castigar. Concretamente en el aeropuerto, el recurrente fue entregado a los agentes de la CIA, que enmascarados y vestidos de negro comenzaron a golpearle, aun cuando aquél se encontraba reducido y sin capacidad alguna de reacción. Al respecto, el Tribunal recuerda que el empleo de la fuerza física, cuando no es absolutamente necesaria, atenta contra la dignidad de la persona y constituye en principio una violación del derecho garantizado en el artículo 3<sup>80</sup>. Luego, la víctima fue desnudada sin razón alguna que lo justificara, y es doctrina del Tribunal que hacerlo sin motivo alguno que lo justifique supone una acción degradante<sup>81</sup>. También fue encapuchada, y el Tribunal subraya que esta medida, sin explicación razonable ocasiona un daño físico y moral<sup>82</sup>. Y sin prescripción médica y sin que fuera necesario, se le administró a la fuerza un supositorio, acción que es calificada como trato degradante<sup>83</sup>.

Aunque tales acciones fueron materialmente realizadas por los agentes americanos de la CIA, el TEDH hace responsable directo de ellas al Estado demandado, pues los actos se cometieron en territorio bajo su jurisdicción y en presencia de sus funcionarios, que no hicieron nada para impedirlo. El daño, concluye el Tribunal, se infligió con el consentimiento, formal o tácito, de sus autoridades; esa actitud pasiva facilitó activamente la violación del Convenio<sup>84</sup>.

Esta doctrina no es nueva, al contrario. En reiteradas ocasiones el Tribunal ha señalado que la responsabilidad de un Estado puede quedar com-

<sup>80</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 207; véase también, *Ribitsch c. Austria*, cit., § 38.

<sup>81</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 208; véase también *Wieser c. Austria*, n. 2293/03, de 22 de febrero de 2007, § 40.

<sup>82</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 209; véase también *Irlanda c. Reino Unido*, n. 5310/71, de 18 de enero de 1978, §§ 96 y 167.

<sup>83</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 210; véase también *Zontul c. Grecia*, n. 12294/07, de 17 de enero de 2012, § 89.

<sup>84</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 206 y 2011. Véase también, *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia* [GC], no 48787/99, de 8 de julio de 2004, § 318; *Miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros c. Georgia*, n. 71156/01, de 3 de mayo de 2007, §§ 124-125; *Z y otros c. Reino Unido*, cit.; y *M.C. c. Bulgaria*, n. 39272/98, de 4 de diciembre de 2003, § 149.

prometida si extradita a una persona a sabiendas de que en el país de destino ésta va a ser sometida a un trato contrario a la Convención<sup>85</sup>. Para determinar si efectivamente el Estado demandado podría haber presumido los riesgos de torturas o malos tratos que a raíz de tal entrega la víctima podría sufrir, el Tribunal subraya la libertad que tiene tanto para ordenar de oficio las pruebas que a su juicio sean necesarias como también la libertad que tiene para valorar aquellas que las partes le puedan presentar. Igualmente, para juzgar la conformidad o no con el Convenio de tal entrega, el TEDH atenderá con carácter prioritario a la información que el Estado parte tuviera o hubiere podido tener sobre el carácter previsible de los daños que el recurrente podría sufrir, pero ello no impide que el Tribunal pueda tomar en consideración cualquier otra información que con posterioridad a la fecha de la entrega fuera conocida y que pudiera resultar de utilidad para confirmar o rechazar la idoneidad con la que la Alta Parte Contratante haya podido tomar en consideración los temores que el recurrente pudiera haber puesto de manifiesto<sup>86</sup>.

#### IV.2. *Sobre la violación de los artículos 5 y 8 CEDH*

El artículo 5 del Convenio reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad física de la persona. Se trata de evitar detenciones arbitrarias, pudiendo el TEDH llegar a la conclusión de que la detención, aun practicada de acuerdo con la ley nacional, “ha violado el CEDH”.

<sup>85</sup> HIGGINS, R., “Extradition, the Right to Life, and the Prohibition against Cruel and Inhuman Punishment and Treatment: Similarities and Differences under the ECHR and the ICCPR”, *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000, pp. 605-615.

<sup>86</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 212 a 214. En este sentido, *Soering c. Reino Unido*, cit., § 91; *Saadi c. Italia*, n. 37201/06, de 28 de febrero de 2008, §§ 125-126; *Cruz Varas y otros c. Suecia*, n. 15576/89, de 20 de marzo de 1991, § 69-70 y 76; y *Mamatkoulou y Askarov c. Turquía*, ns. 46827/99 y 46951/99, de 4 de febrero de 2005, § 67. Cierta sector de la doctrina también ha tratado de encontrar criterios que ayuden a evaluar los riesgos potenciales que la extradición puede llevar consigo para los derechos del detenido. En concreto, en relación con el artículo 3 CEDH, véase, PRASANNA, T., “Taking Remedies Seriously: The Normative Implications of Risking Torture”, *Columbia journal of transnational law*, vol. 50, n. 2 (2012), pp. 370-441; CHETAIL, V., “Le droit des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 37, n. 1 (2004), pp. 155-210. En relación con la Sentencia *Saadi c. Italia*, arriba citada, DE LONDRAS, F., “Saadi v. Italy. European Court of Human Rights Judgment on Deportations of Individuals outsider the protective zone of the European Convention on Human Rights article 3”, *American Journal of International Law*, vol. 102, n. 3 (julio, 2008), pp. 616-622.

El párrafo primero del artículo 5 señala que “nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”. El precepto, por tanto, contempla una doble reserva material de ley. Por un lado, sólo en los casos predeterminados por ella se podrá restringir el derecho a la libertad. A tales efectos, en aras del principio de seguridad jurídica, será imprescindible que el legislador prevea con claridad y precisión en qué casos se podrá practicar tal medida<sup>87</sup>. Por otro lado, tal limitación sólo puede llevarse a cabo de acuerdo con el procedimiento que la ley prevea. Así, por ejemplo, en una ocasión el TEDH declaró la violación del artículo 5 porque las autoridades no solicitaron en el plazo legalmente previsto la autorización para prorrogar la privación de libertad de una persona que en principio había sido detenida legalmente<sup>88</sup>.

Además de la garantía que representa esta reserva material de ley, el TEDH subraya la importancia de que las detenciones sean controladas por un órgano jurisdiccional independiente en un plazo razonable. Sin este control jurisdiccional, el detenido no tendrá acceso a los instrumentos más elementales de protección jurídica, lo que aumentará el riesgo de que sus derechos puedan ser vulnerados<sup>89</sup>.

En el caso que resuelve esta Sentencia, el recurrente fue objeto de una operación secreta para combatir el terrorismo internacional. Pues bien, el TEDH subraya que aun en este marco, y por despreciables que sean las acciones que

<sup>87</sup> El principio de seguridad jurídica debe informar el ordenamiento jurídico y presidir la conducta de los poderes públicos. Entendida en su sentido más amplio, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (SSTC 147/1986, FJ. 4, 36/1991/FJ. 5, 120/1987, FJ. 2, 46/1990, FJ. 4). Las personas han de poder conocer las consecuencias de sus propios actos. “El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas... Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas” (STC 46/1990, FJ. 4). En sede del TEDH, véanse, entre otras, *Creangă c. Rumanía*, n. 29226/03, de 23 de febrero de 2012, § 120; *Medvedyev y otros c. Francia*, n. 3394/03, de 20 de marzo de 2010, § 80; *Baranowski c. Polonia*, n. 28358/95, de 28 de marzo de 2000, §§ 50-58; *Svipsta c. Letonia*, n. 66820/01, de 9 de marzo de 2006, § 86.

<sup>88</sup> *G.K. c. Polonia*, n. 38816/97, de 20 de enero de 2004, § 76.

<sup>89</sup> Una pronta intervención judicial ayudará a prever y evitar acciones que pongan en peligro la vida de la persona detenida o daños graves que lesionen los derechos reconocidos en los artículos 2 y 3 de la Convención (*El-Masri c. Macedonia*, cit., § 231; *Aksoy c. Turquía*, cit., § 76).

podría haber cometido el recurrente, las autoridades no tienen plenos poderes para detener y dejar incomunicados a los sospechosos, fuera del control efectivo de los tribunales internos<sup>90</sup>. La detención secreta o no reconocida de una persona constituye una violación extremadamente grave del artículo 5. La medida en sí misma considerada no constituye un trato inhumano o degradante pero los riesgos de que una detención así practicada viole éste y otros derechos son muy altos<sup>91</sup>. Las circunstancias de cualquier detención (identidad del detenido, motivo de la detención, lugar, fecha y hora de la misma, persona que la ordena, lugar donde se encuentre el detenido) han de quedar debidamente registradas. Se trata de una medida imprescindible para evitar que el detenido quede a merced de sus guardianes, con el riesgo de una posible desaparición. Igualmente, como ya hemos tenido ocasión de señalar al referirnos a la dimensión procesal de este derecho, el TEDH subraya la obligación de abrir una investigación rápida y eficaz cuando se presente una denuncia fundada en relación con la detención de una persona que posteriormente haya desaparecido<sup>92</sup>.

Por todo lo anterior, el TEDH concluye que la detención de la que fue víctima el recurrente se practicó al margen de todas las garantías consagradas en el artículo 5 de la Convención. El solo hecho de haber sido privado de libertad en un lugar de detención extraordinario, como es el caso de un hotel, y fuera absolutamente de cualquier procedimiento legal, es inaceptable en un Estado de Derecho y refuerza la consideración de que la víctima fue objeto de una detención arbitraria. Por ello, y por las razones que ya apuntamos al hilo del artículo 3 CEDH, el Tribunal concluye que el Gobierno demandado es responsable de la violación del artículo 5, tanto por el tiempo que el recurrente estuvo bajo su jurisdicción como por el tiempo que quedó bajo la custodia de los agentes americanos en Afganistán<sup>93</sup>.

Por último, la Sentencia también estima conculcado el artículo 8 del CEDH (§§ 248 a 250). Lo hace sin dedicarle demasiado espacio al recono-

<sup>90</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 232.

<sup>91</sup> CÉRÉ, J-P., “L’isolement en prison d’un terroriste ne constitue pas un traitement inhumain et dégradant, mais viole l’article 13 de la Convention européenne”, *Recueil Dalloz*, 181e année, n. 19 (12 de mayo de 2005), pp. 1272-1275.

<sup>92</sup> *El-Masri c. Macedonia*, cit., §§ 233 y 236, donde se citan: *Kurt c. Turquía*, cit., § 125; *Anguelova c. Bulgaria*, cit., § 154.

<sup>93</sup> *El-Masri c. Macedonia*, § 237, 239 y 241. *Gisayev c. Rusia*, n. 14811/04, de 20 de enero de 2011, §§ 152-153; *Kadirova y otros c. Rusia*, n. 5432/07, de 27 de marzo de 2012, §§ 127-130; y *Chitaiev c. Rusia*, n. 59334/00, de 18 de enero de 2007, § 173.

cimiento de esta lesión que, por otra parte, a la vista de las circunstancias del caso, se deriva por sí sola del reconocimiento de las dos violaciones anteriores. Al efecto, el Tribunal recuerda que este precepto protege la integridad moral y física de la persona, que queda afectada cuando de una privación de libertad se trata<sup>94</sup>; que el artículo 8 ampara el derecho a establecer y a mantener relaciones con otros seres humanos; y que todo ello afecta a la dignidad y a la libertad del hombre, derechos que forman parte del núcleo esencial de la Convención<sup>95</sup>. De la ausencia de explicaciones del Gobierno demandado en relación con los hechos denunciados y constatados se deriva la ingerencia ilegítima de la autoridad pública en todo ellos.

<sup>94</sup> *Raninen c. Finlandia*, n. 20972/92, de 16 de diciembre de 1997, § 63.

<sup>95</sup> *Pretty c. Reino Unido*, n. 2346/02, de 29 de abril de 2002, §§ 61 y 65. Es vasta la bibliografía sobre la dignidad como derecho y como valor, entre otros, GARCÍA, A. M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”, *Persona y Derecho*, n. 67, pp. 449-514; PRIETO, T., *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2010; GUTIÉRREZ, I., *La dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005; ALEGRE, M. A., “El reconocimiento constitucional de la dignidad humana: significado y alcance”, Libro homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 55-70; de este mismo autor, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996; MEGÍAS, J. J., “Dignidad y derechos humanos”, en MARTÍNEZ, N. y otros (coords.), *Derechos humanos: problemas actuales*, vol. I. Universitas, Madrid, 2013, pp. 57-74.