

LA DECISIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL CASO FRANCISCA ALOMAR Y OTROS CONTRA ESPAÑA: UN ANÁLISIS CRÍTICO A PARTIR DEL SISTEMA GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

THE DECISION OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE IN FRANCISCA ALOMAR ET AL. VERSUS SPAIN: A CRITICAL ANALYSIS FROM THE GENERAL PUBLIC INTERNATIONAL LAW SYSTEM

JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ*

Sumario. I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: SOBRE LA RELEVANCIA DEL CASO Y EL ENFOQUE ESCOGIDO. II. LAS AUTORAS COMO VÍCTIMAS INDIRECTAS DE LA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6, 7, 9 Y 16 DEL PACTO, LEÍDOS EN CONJUNTO CON EL 2.3. III. LA QUEJA COMO VÍCTIMAS DIRECTAS DE LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL PACTO, EN CONEXIÓN CON EL 2.3. IV. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Este artículo tratará de realizar un examen crítico de la reciente decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Francisca Alomar y otros c. España* sobre la base de varios aspectos clave del sistema general de la Responsabilidad Internacional del Estado y del Derecho de los Tratados. Para ello, el análisis se dividirá en dos partes: En la primera, a partir de la teoría general propia a los hechos ilícitos continuados, se estudiará la resolución del Comité respecto a la alegación presentada como víctimas indirectas de las desapariciones forzadas denunciadas. En la segunda, se abordará la solución ofrecida en cuanto a la consideración de las autoras como víctimas directas de aquellos hechos, utilizando como pieza central de análisis al principio general del agotamiento de los recursos internos.

*SUMMARY: This article will attempt to critically examine the recent decision of the United Nations Human Rights Committee in the *Francisca Alomar et al. v. Spain* case based on several key aspects of the general system of the International Responsibility of the State and Law of Treaties. In order to do so, the analysis will be divided into two parts: In the first one, based on the general theory of continuing wrongful acts, the Committee's resolution regarding the allegation presented as indirect victims of reported forced disappearances will be studied. In the second one, the solution offered regarding the consideration of the authors as direct victims of those events will be addressed, using the general principle of exhaustion of domestic remedies as the central piece of analysis.*

Fecha de recepción del trabajo: 5 de abril de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 25 de mayo de 2022.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid. E-mail: jachal@der.ucm.es.

PALABRAS CLAVE: Desaparición forzada de personas, hechos ilícitos continuados, competencia *ratione temporis*, agotamiento de los recursos internos.

KEYWORDS: *Enforced disappearance of persons*, continuing wrongful act, *jurisdiction ratione temporis*, *exhaustion of domestic remedies*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: SOBRE LA RELEVANCIA DEL CASO Y EL ENFOQUE ESCOGIDO

Han sido varios los calificativos que recibió la reciente decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el *caso Francisca Alomar y otros contra España*¹. Así, algunos autores la han caracterizado como una oportunidad perdida²; otros, como el actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición –que, como es sabido, había sido antes también Presidente del Comité de Derechos Humanos–, afirmó públicamente que era una decisión “deplorable”³; de su parte, algunos integrantes del actual Comité de Derechos Humanos habían ya dejado por escrito que en algunos extremos, los razonamientos que contenía eran “desconcertantes”⁴ e “inescrutables”⁵. No parece pues que estemos ante una decisión de importancia menor, pero su relevancia para nosotros es aún mayor porque fue la primera vez que el Comité de Derechos Humanos resolvió un caso de esta naturaleza referido a España. Todo ello aconseja entonces la realización de un análisis detallado de la misma, si bien, con dos precisiones iniciales.

La primera, de orden temporal: Esta decisión se hizo finalmente pública a inicios del mes de mayo del año pasado, de tal suerte que para completar tanto este estudio como su actualidad, en lo que vendrá añadiré referencias a algunas otras cuestiones o resoluciones de interés que fueron dándose posteriormente. La segunda, de naturaleza material: El examen que intentaré presentar no pondrá el foco de atención prioritario en el sector jurídico internacional que sería la referencia primera e inmediata aquí, es decir, el Derecho internacional de los derechos humanos, sino que quisiera analizar esta decisión desde una perspectiva fundada en diversos aspectos capitales del sistema general de Derecho internacional público. En este sentido, una aproximación como la que propongo

¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar y otros contra España*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/130/D/3599/2019, 6 de mayo de 2021.

² URQUILLO BONILLA, J. “A Lost Opportunity: The Human Rights Committee Decision on an Enforced Disappearance Case During the Civil War in Spain”, *Opinio Juris*, 5 de julio de 2021 (disponible en: <http://opiniojuris.org/2021/07/05/a-lost-opportunity-the-human-rights-committee-decision-on-an-enforced-disappearance-case-during-the-civil-war-in-spain/>, consultado 28/12/2021).

³ Conferencia del Relator Especial Fabián Salvioli en el Seminario Internacional: “Derechos Humanos y Democracia: Dilemas y Retos”, celebrado en Bogotá el 24 de febrero de 2021 (disponible en: https://www.facebook.com/watch/live/?v=1274783842922962&ref=watch_permalink, consultado 28/12/2021).

⁴ Véase el párrafo 3 de la “Joint Opinion of Committee members Arif Bulkan, Hélène Tigroudja, Yadh Ben Achour and Ahmed Amin Fathalla (partially dissenting)”, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit.

⁵ *Ibid.*, párr. 4.

no olvida, ni puede olvidar, que por mencionar algunos ámbitos clave como el de la Responsabilidad Internacional, nos encontramos ante un sector con naturaleza de *lex specialis*, por parafrasear el Proyecto Definitivo de la Comisión de Derecho Internacional⁶ (CDI, en adelante) en su artículo 55⁷. O desde otra dimensión, si, como haremos, centramos la atención en el ámbito general del Derecho de los Tratados, las normas convencionales del Derecho internacional de los derechos humanos tienen sus evidentes particularidades, también de la mano de disposiciones concretas, como el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho los Tratados⁸. Todo ello habrá de tomarse en cuenta a partir de una visión que nazca del sistema general, pero al menos a mi juicio y como trataré de exponer, en el buen sentido o dirección. Es decir, por apuntar algo a lo que volveremos hacia el final de este artículo, sin olvidar cuestiones como cuál es el objeto y fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto o Pacto Internacional, en adelante).

A partir de lo indicado, podemos señalar ya los hechos que se llevaron ante al Comité de Derechos Humanos en este caso, esto es, la desaparición forzada de Antoni Alomar y Margalida Jaume. Las personas que acudieron al mismo, Francisca Alomar Jaume y Bartolomea Riera Alomar, eran su hija y nieta, respectivamente. Tras múltiples intentos ante la jurisdicción española, pero también extranjera, a la fecha de presentación de la comunicación –el 14 de enero de 2019- continuaban sin conocer la suerte ni el paradero de sus seres queridos; alegando, en suma, ser víctimas indirectas y directas de esos hechos. Esta distinción nos servirá aquí para estructurar este estudio, de tal modo que comenzaremos examinando la primera dimensión señalada, para a continuación analizar la -avancemos casi telegráfica- resolución del Comité respecto a su condición de víctimas directas de la violación del artículo el artículo 7 del Pacto en relación con el 2.3. Finalmente, trataré de unir ambas cuestiones para ofrecer una reflexión de conjunto a modo de conclusión.

⁶ Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (segunda parte).

⁷ “Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.” Con todo, respecto al continuado y creciente apoyo en el contenido del Proyecto de la CDI por parte de los órganos del sistema de Derecho Internacional Público, pueden consultarse los informes de la Secretaria General de las Naciones Unidas: “Responsibility of States for internationally wrongful acts, Compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies”, Documento de Naciones Unidas: A/71/80/Add.1, 20 de junio de 2017, y “Responsibility of States for internationally wrongful acts: Compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies”, Documento de Naciones Unidas: 74/83, 23 de abril de 2019.

⁸ “31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

II. LAS AUTORAS COMO VÍCTIMAS INDIRECTAS DE LA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6, 7, 9 Y 16 DEL PACTO, LEÍDOS EN CONJUNTO CON EL 2.3.

Estando ante un hecho de desaparición forzada de personas, lo primero a recordar es que nos encontraríamos ante una alegación relativa a un comportamiento que además de pluriofensivo, violatorio de varios derechos humanos, tiene por definición naturaleza de hecho ilícito continuado. Algunos órganos internacionales han calificado precisamente a la desaparición forzada de personas como el “prototipo de actos continuos”⁹; y el propio Comité de Derechos Humanos no ha discutido tal caracterización, sino todo lo contrario¹⁰. De este modo, podemos ya aquí poner la mirada en la teoría general de la Responsabilidad Internacional del Estado, y de igual modo, del Derecho de los Tratados. Al respecto, sería posible remitirnos bastante atrás en el tiempo, como por ejemplo a los trabajos de la CDI de hace, en algunos casos, más de medio siglo; y así y en el ámbito de la Responsabilidad Internacional recordar el contenido del primero artículo 17.3¹¹, después artículo 18.3¹² y finalmente artículo 14.2 del Proyecto Definitivo de 2001. Esto es, que:

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

Resulta pues una primera evidencia que la cuestión clave no es cuando comenzara el hecho, sino hasta cuando se sigue cometiendo. O en otros términos, cuando el mismo ha concluido; cuando, en su caso, el Estado ha cesado en su comisión. En palabras de la propia CDI en sus comentarios al Proyecto Definitivo: “el comportamiento que haya comenzado en determinado momento en el pasado (...) puede continuar y dar lugar a un hecho ilícito continuado en el presente”¹³. En relación con hechos como los que aquí

⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado”, Documento de Naciones Unidas: A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, p. 12. Para más datos sobre esta figura, enfocada precisamente en experiencias y contextos como el que se abordará en este estudio, puede verse CLAVET MARTÍNEZ, E., *Desapariciones forzadas y justicia transicional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

¹⁰ Las referencias en este sentido son múltiples, aunque con remisión a sus decisiones anteriores que se remontan décadas atrás, el Comité ha terminado utilizando una fórmula estandarizada en los siguientes términos: “El Comité recuerda que, aunque en el Pacto no se emplee explícitamente el término “desaparición forzada”, esta desaparición constituye una serie única e integrada de actos que representan una vulneración continuada de diversos derechos reconocidos en ese tratado, como el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y a la seguridad personales, y el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Padilla García y otros c. México*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/126/D/2750/2016, 5 de agosto de 2019, párr. 9.5. En el mismo orden de ideas, y por mencionar una decisión resuelta en los mismos meses que la que aquí nos ocupa, puede verse el asunto *Hidalgo Rea c. México*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/131/D/3259/2018, 10 de mayo de 2021, párr. 9.5

¹¹ Documento de Naciones Unidas: A/5809, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II (primera parte), p. 23.

¹² Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II (segunda parte), p. 73

¹³ Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (segunda parte), p. 64.

abordamos, lo fundamental, en fin, es tomar en cuenta todo el periodo de tiempo hasta que “cesa la desaparición forzada, es decir, [hasta cuando] la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad”¹⁴.

A ello, obviamente, conviene añadir otra cuestión básica del ámbito del Derecho de los Tratados. Para ello, y manteniéndonos dentro de la labor codificadora de la CDI podríamos irnos hasta 1964, al Tercer Informe del Relator Waldock, en el que ya se recogió en el entonces artículo 57, que:

“Salvo que un tratado disponga, expresa o implícitamente, otra cosa, sus disposiciones se aplicarán a cada parte solamente con respecto a los hechos o cuestiones que surjan o subsistan mientras el tratado esté en vigor con respecto a esa parte”¹⁵.

Esa mención a los hechos que subsistan fue expresamente abordada en los comentarios que hizo la CDI a los Proyectos de Artículos de 1964¹⁶ y 1966¹⁷; en lo que nos ocupaba, precisamente para aclarar que:

“(…) el principio de la no retroactividad nunca se viola por aplicar un tratado a cuestiones que se plantean [ocurren o existen] estando el tratado en vigor, aun cuando se iniciaran con anterioridad”¹⁸.

Sin poder entrar ahora en las serie de debates hasta alcanzar una formulación final¹⁹, y aun conviniendo en que esta realmente tomó forma a través de un “cautious wording [that] did not say explicitly, but implied, that the treaty could apply to pending situations”²⁰, está fuera de toda discusión que lo que acabamos de resumir es igual y plenamente aplicable según la definitiva redacción del artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; a saber:

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del

¹⁴ COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, “Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”, Documento de Naciones Unidas: CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 12

¹⁵ Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/167 y Add.1-3, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II, p. 8.

¹⁶ Documento de Naciones Unidas: A/5809, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II, p. 178.

¹⁷ Documento de Naciones Unidas: A/6309/Rev.1, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 233.

¹⁸ Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/167 y Add.1-3, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II, p.10.

¹⁹ Para más datos, DOPAGNE, F., “1969 Vienna Convention. Article 28. Non-retroactivity of treaties”, en CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2011, en especial p. 719

²⁰ NACIONES UNIDAS, *United Nations Conference on the Law of Treaties. First session. Vienna, 26 March-24 May 1968. Official Records. Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Nueva York, 1969, p. 161.

tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

Estamos, en fin, ante lo que con carácter general se conoce como el principio del efecto inmediato, en cuya virtud desde su entrada en vigor las disposiciones de un tratado se aplican “tan pronto”²¹ / “inmediatamente” a los hechos que “no han dejado de existir”, que continúan cometándose²².

En consecuencia, podemos sumar estas dos reglas generales, y de forma resumida concluir que es irrelevante cuando comienza un hecho continuado, la cuestión es determinar si continúa a partir de la entrada en vigor de un tratado que lo considera ilícito.

Si volvemos con ello al caso, cabe ya concretar que la desaparición forzada que se denunciaba comenzó en agosto de 1936, cuando como se recoge resumidamente en la decisión del Comité, aquellas dos personas fueron detenidas por agentes de la Guardia Civil²³; precisando, no obstante, que la alegación se refiere a que España habría violado, desde la entrada en vigor del Pacto y/o del Protocolo Facultativo, “sus obligaciones positivas procesales de investigar y establecer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas, identificar a los autores, enjuiciarlos y sancionarlos, y reparar integralmente el daño”²⁴. De manera un poco más detallada, en la comunicación presentada se expone que:

“Ambas hermanas, Antonia y doña Francisca Alomar, no volvieron a ver a sus padres desde agosto de 1936, cuando tenían 11 y 8 años respectivamente. Ambos, tras haber sido detenidos de manera ilegal, fueron desaparecidos. En el momento de su desaparición doña Margalida Jaume estaba embarazada, tal y como se desprende de las fuentes orales. (...) Tras llevarse a sus dos padres, las hermanas doña Francisca Alomar y Antonia no volvieron a saber nada más de ellos. Tiempo después, el abuelo de las niñas volvió a Manacor con la excusa de llevarles ropa a su hijo y su mujer. El capitán Jaume, entonces alcalde de Manacor y jefe de la Falange, le posó una mano encima del hombro y le comunicó que su hijo y la nuera no tenían ninguna necesidad de ropa, ya que “están bien muertos”. Sin embargo, no le dio ninguna otra información al respecto”²⁵.

Como es sabido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor para España, el 27 de julio de 1977; el Protocolo Facultativo, el 25 de abril de 1985. Más allá de cuestiones sobre la competencia temporal del Comité, a las que luego iremos,

²¹ Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/120, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1959, vol. II, p. 52.

²² Para un estudio en detalle sobre el particular, ORIHUELA CALATAYUD, E., *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 55-62.

²³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 1.1.

²⁴ *Ibid.*, párr. 3.1.

²⁵ Párrs., 84 y 96. Original en poder del autor.

cabría entender entonces que la cuestión a dilucidar es si a partir del 27 de julio de 1977 y en adelante, una desaparición forzada de personas atentaría contra el contenido del Pacto. La respuesta de España, fechada el 8 de julio de 2019, a mi juicio delirante en algunos extremos y este es uno de ellos, niega esta posibilidad, pero en términos absolutos. Esto es, sostiene literalmente lo que sigue:

“El objeto de la comunicación consistente en la búsqueda de justicia y reparación como consecuencia de las desapariciones forzadas de Doña Margalida y Don Antonio durante la Guerra Civil Española presentada por los allegados de los desaparecidos, su hija y su nieta. Como es notorio estas no son materia del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* sino del *Convenio Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006 ratificado por el Reino de España el 14 de julio de 2009”²⁶.

Tal y como ya avanzamos²⁷, el propio Comité de Derechos Humanos le recuerda a España que aunque en el Pacto no se emplee explícitamente el término “desaparición forzada”, la desaparición forzada de personas es o puede ser violatoria de varios de sus artículos. De hecho, le indica a España que por ello ha examinado y resuelto decenas de casos en esta materia²⁸. No entra el Comité, sin embargo, en otra cuestión que se sostiene inmediatamente a continuación en la respuesta de nuestro Estado: en síntesis, que como ya existe el Comité contra la Desaparición Forzada y España ha admitido la presentación de comunicaciones individuales ante el mismo, a donde debe acudir es a él -que además es claramente incompetente como luego recordaremos- y no al Comité de Derechos Humanos²⁹. Si, como ya anunciamos, tomamos este argumento desde un marco de referencia más amplio, esto sería como afirmar que Ucrania en ningún caso habría podido demandar a Rusia ante el Tribunal Internacional de Justicia -y el Tribunal admitir la demanda-³⁰, o por dar un ejemplo aún más reciente, Armenia a Azerbayán y viceversa, por violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial³¹, porque para ello ya estaría el Comité de conformidad al proceso previsto en sus artículos 11 a 13³² -procedimiento que, como es sabido, no

²⁶ P. 14. Original en poder del autor.

²⁷ Véase nota 10.

²⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 7.3.

²⁹ P. 15. Original en poder del autor.

³⁰ Puede consultarse toda la información sobre este procedimiento en: <https://www.icj-cij.org/en/case/166> (consultado el 29/12/2021).

³¹ Para más datos, véanse: <https://www.icj-cij.org/en/case/180> y <https://www.icj-cij.org/en/case/181> (consultado el 29/12/2021).

³² “Artículo 11. 1. Si un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones de la presente Convención, podrá señalar el asunto a la atención del Comité. El Comité transmitirá la comunicación correspondiente al Estado parte interesado. Dentro de los tres meses, el Estado que recibe la comunicación presentará al Comité explicaciones o declaraciones por escrito para aclarar la cuestión y exponer qué medida correctiva hubiere, en su caso, adoptado. 2. Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambas partes, mediante negociaciones bilaterales o algún otro procedimiento adecuado, en un plazo de seis meses a partir del momento en que el Estado destinatario reciba la comunicación inicial, cualquiera de los dos Estados tendrá derecho a someter nuevamente el asunto al Comité mediante la notificación al

requiere de consentimiento expreso³³. Lo cual, obviamente y a los hechos basta remitirse, no tiene sentido.

Ahora bien, a partir de lo anterior, el razonamiento del Comité comienza a apuntar algunas cosas llamativas; que de hecho parecen ir apartándolo de lo que venía siendo una interpretación a mi juicio acertada en la línea ya expuesta. Esto es, por poner un ejemplo general para ilustrarla, valga con esta cita:

“The Committee further notes that the alleged original violation of article 19 (2) of the Covenant, relating to the author’s protest on 16 September 2009, occurred prior to the entry into force of the Optional Protocol for the State party on 30 September. The Committee observes that it is precluded *ratione temporis* from examining alleged violations of the Covenant which occurred before the entry into

Comité y al otro Estado. 3. El Comité conocerá de un asunto que se le someta, de acuerdo con el párrafo 2 del presente artículo, cuando se haya cerciorado de que se han interpuesto y agotado todos los recursos de jurisdicción interna, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la substanciación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente. 4. En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente. 5. Cuando el Comité entienda en cualquier asunto derivado del presente artículo, los Estados partes interesados podrán enviar un representante, que participará sin derecho a voto en los trabajos del Comité mientras se examine el asunto. Artículo 12. 1. a) Una vez que el Comité haya obtenido y estudiado toda la información que estime necesaria, el Presidente nombrará una Comisión Especial de Conciliación (denominada en adelante la Comisión), integrada por cinco personas que podrán o no ser miembros del Comité. Los miembros de la Comisión serán designados con el consentimiento pleno y unánime de las partes en la controversia y sus buenos oficios se pondrán a disposición de los Estados interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto a la presente Convención. b) Si, transcurridos tres meses, los Estados partes en la controversia no llegan a un acuerdo sobre la totalidad o parte de los miembros de la Comisión, los miembros sobre los que no haya habido acuerdo entre los Estados partes en la controversia serán elegidos por el Comité, de entre sus propios miembros, por voto secreto y por mayoría de dos tercios. 2. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal. No deberán ser nacionales de los Estados partes en la controversia, ni tampoco de un Estado que no sea parte en la presente Convención. 3. La Comisión elegirá su propio Presidente y aprobará su propio reglamento. 4. Las reuniones de la Comisión se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que la Comisión decida. 5. La secretaría prevista en el párrafo 3 del artículo 10 prestará también servicios a la Comisión cuando una controversia entre Estados partes motive su establecimiento. 6. Los Estados partes en la controversia compartirán por igual todos los gastos de los miembros de la Comisión, de acuerdo con una estimación que hará el Secretario General de las Naciones Unidas. 7. El Secretario General podrá pagar, en caso necesario, los gastos de los miembros de la Comisión, antes de que los Estados partes en la controversia sufraguen los costos de acuerdo con el párrafo 6 del presente artículo. 8. La información obtenida y estudiada por el Comité se facilitará a la Comisión, y ésta podrá pedir a los Estados interesados que faciliten cualquier otra información pertinente. Artículo 13. 1. Cuando la Comisión haya examinado detenidamente el asunto, preparará y presentará al Presidente del Comité un informe en el que figuren sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre las partes y las recomendaciones que la Comisión considere apropiadas para la solución amistosa de la controversia. 2. El Presidente del Comité transmitirá el informe de la Comisión a cada uno de los Estados partes en la controversia. Dentro de tres meses, dichos Estados notificarán al Presidente del Comité si aceptan o no las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión. 3. Transcurrido el plazo previsto en el párrafo 2 del presente artículo, el Presidente del Comité comunicará el informe de la Comisión y las declaraciones de los Estados partes interesados a los demás Estados partes en la presente Convención.”

³³ En sentido contrario, recuérdese lo previsto en el artículo 14 de la Convención.

force of the Optional Protocol for the State party, unless the violations complained or continue after that date or continue to have effects which in themselves constitute a violation of the Covenant or an affirmation of a prior violation. The Committee notes the author's argument, undisputed by the State party, that the violation of the Covenant continued after the entry into force of the Optional Protocol for the State part (...). In the circumstances, the Committee is not precluded *ratione temporis* by article 1 of the Optional Protocol from examining the communication"³⁴.

Sin embargo, en el párrafo 7.6 de esta decisión, el Comité empieza caracterizando lo resumido como unos hechos que se alega que violan los artículos 6³⁵, 7³⁶, 9³⁷ y 16³⁸, en relación en el 2.3³⁹, del Pacto con respecto a los familiares de las denunciantes que, dice literalmente, "ocurrieron en 1936", esto es 41 años antes de la entrada en vigor del Pacto

³⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Sviridov v. Kazakhstan*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/120/D/2158/2012, 5 de septiembre de 2017, párr. 9.4.

³⁵ "1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos. 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital."

³⁶ "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

³⁷ "1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".

³⁸ "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

³⁹ "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

para España y 49 años antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo. De hecho, un poco más adelante vuelve a expresarse afirmando que se trata de “desapariciones forzadas que ocurrieron en un pasado muy lejano”⁴⁰. Si su resolución final no hubiera sido la que fue, una mirada benévola podría entender que quizás no está siendo muy precisos en el uso del lenguaje apropiado, porque una desaparición, aquellas o cualquiera, no es un hecho que ocurre, no es un hecho instantáneo de los codificados en el artículo 14.1 del Proyecto Definitivo de la CDI⁴¹, sino un hecho continuo que concluye, ya lo vimos, cuando cesa. Esto es algo indiscutible, como también lo es que aquellas dos personas continuaban desaparecidas y que, como reconocerá más adelante el mismo Comité⁴², ante ello sus familiares solo encontraron una actitud de indiferencia por parte de las autoridades españolas frente a sus reiteradas solicitudes, durante años.

Sostener un razonamiento basado en que un hecho continuado se consuma cuando comienza es cuanto menos olvidarse de las reglas generales del sistema de Responsabilidad Internacional que hemos destacado. Pero aún más, en apoyo de lo que va construyendo, el Comité se sustenta en su resolución del *caso K. K. y otros contra Rusia*⁴³, que se refería a los espantosos hechos acontecidos en el bosque de Katyn a partir de 1940. Ciertamente, al hacerse pública esta decisión, algunos especialistas advirtieron de que podría ser un precedente poco halagüeño para casos como el que aquí estamos analizando⁴⁴, pero hay un dato esencial en este punto que no podemos obviar: aquellos hechos se calificaron y abordaron no como desapariciones forzadas, sino como ejecuciones extrajudiciales. En las propias palabras del Comité de Derechos Humanos:

“El Comité recuerda que no puede examinar *ratione temporis* las presuntas violaciones ocurridas antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado parte, a menos que esas violaciones continúen después de que el Pacto y el Protocolo Facultativo hayan entrado en vigor para el Estado parte. (...) El Comité observa que, en el presente caso, la afirmación de los autores sobre la persistencia de una vulneración tiene su origen en el *asesinato* de sus familiares en 1940, fecha que antecede en 36 años a la entrada en vigor del Pacto para el Estado parte (23 de marzo de 1976)”⁴⁵.

⁴⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 7.6.

⁴¹ “La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren”.

⁴² Véase *infra* y especialmente el apartado III de este trabajo.

⁴³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *K. K. y otros contra Rusia*, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/127/D/2912/2016, 16 de enero de 2020.

⁴⁴ RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, J., “El caso K.K.et al vs Federación Rusa del Comité de derechos humanos Diferencias y similitudes con la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo”, *Rights International Spain*, 20 de febrero de 2020 (disponible en: <http://rightsinternationalspain.org/es/blog/160/el-caso-k-k-et-al-vs-federacion-rusa-del-comite-de-derechos-humanos>, consultado el 03/01/2022).

⁴⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *K. K. y otros contra Rusia*, doc. cit. párrs. 6.3-6.4. Énfasis añadido.

Si se quiere, un “asesinato”, una ejecución extrajudicial, puede considerarse como un “hecho instantáneo con efectos duraderos”, pero es indiscutible que bajo ningún concepto como un hecho continuado, como es la desaparición forzosa. Y es que a todo lo ya señalado, quizá convendría añadir que, por volver a la CDI: “... este carácter continuado puede tener importancia jurídica para diversos fines, incluso con respecto a la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, la obligación de cesar el comportamiento (...) se aplica a los hechos ilícitos continuados”⁴⁶. La equiparación entre ambos comportamientos habría de llevar, en fin, a sostener entonces la exigencia del cumplimiento de esa obligación codificada en el artículo 30.a. del Proyecto Definitivo de la CDI⁴⁷, a través del milagro de la resurrección. De aquí que algunos autores hayan calificado el hecho de que el Comité de Derechos se basase, para este caso, en lo que resolvió en *K. K. y otros contra Rusia*, como un “logical error; more precisely, a fallacy”⁴⁸.

El escenario, con todo, a mi criterio va empeorando porque a lo anterior agregará el Comité que las violaciones en “cuestión tuvieron lugar incluso antes de la consolidación del moderno derecho internacional de los derechos humanos”⁴⁹. No tuvieron lugar, insisto, comenzaron, pero es cierto que podría mantenerse que en un momento en que el Derecho internacional de los derechos humanos que hoy conocemos no existía como tal. De acuerdo, pero la cuestión es: ¿qué relevancia tiene eso? Es decir, semejante lógica habría de conllevar que, por retornar al sistema general, lo previsto en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969⁵⁰ no debió ni debe ser aplicable a la regulación de la esclavitud, en tanto que es obvio que la esclavitud “tuvo lugar, comenzó” hace muchos siglos atrás; de hecho, antes de la consolidación del Derecho internacional público que hoy conocemos.

Esta mención al Derecho internacional general imperativo aconseja detenernos aquí un instante en una cuestión adicional, pues tuvo y tiene gran relevancia para este caso, y por ello es citada varias veces como veremos en el siguiente apartado. Me refiero a la Sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de febrero de 2012, es decir, como es conocido, la decisión que de manera definitiva supuso el cierre de todas las acciones judiciales en España en esta materia, incluida las de las víctimas de este caso. Entre los argumentos esgrimidos por nuestra Alta Magistratura para ello, se encontraba lo que trataré de sintetizar: se partía de que era quizá posible sostener que la prohibición de las amnistías respecto de actos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de *ius cogens*, y que así se incorporó al Pacto Internacional de

⁴⁶ Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (segunda parte), p. 64.

⁴⁷ “El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin si ese hecho continúa”.

⁴⁸ URQUILLO BONILLA, J. “A Lost Opportunity: The Human Rights Committee Decision on an Enforced...”, op. cit., párr. 5.

⁴⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 7.6.

⁵⁰ “Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Derechos Civiles y Políticos. Pero aun con ello, concluía el Tribunal Supremo, esa costumbre incorporada al Pacto sólo regiría para España para hechos cometidos a partir de 1977⁵¹. Hagamos abstracción de la materia⁵² y volvamos a la teoría general: si partimos sólo de la naturaleza consuetudinaria de la norma, como señala el Supremo, ello supondría que hasta que España no fue parte del Pacto habría sido, ¿lo que se conoce técnicamente como un “objeto persistente”? Pero, ¿“un objeto persistente” respecto lo que el Tribunal Supremo cualificaba como costumbre internacional de *ius cogens*? Como pudiera ser eso posible temo que excede de mi conocimiento y comprensión, salvo que en materia de derechos humanos haya un *ius cogens* que funciona con reglas diferentes a las generales; quizás un nuevo tipo de normas imperativas de las que entonces derivarían obligaciones *erga omnes*, menos para España. Apuntar aquí que al menos es de agradecer que el Tribunal Constitucional en su Auto de 15 de septiembre del año pasado⁵³, haya optado por la negación del carácter de *ius cogens*, lo que es siempre discutible, pero por lo menos tiene algún sentido jurídico. Si bien, en lo demás y esencialmente respecto a su consideración del principio de legalidad penal, en mi opinión su postura puede resumirse en la reducción del Derecho internacional general a la categoría de anécdota⁵⁴.

De su parte, conviene también recordar que en esa sentencia se usaban razonamientos, bastante singulares, sobre otra de las cuestiones clave en casos como el que nos ocupa, es decir, la Ley de Amnistía de 1977; dicho en otros términos, la medida legislativa que, como es sabido, ha sido esgrimida para archivar la práctica totalidad de los procesos judiciales que aquí interesan –lo que ha sido criticado por múltiples órganos internacionales⁵⁵, incluido el mismo Comité⁵⁶. Por destacar uno de estos argumentos,

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo N° 101/2012, de 27 de febrero de 2012, p. 19.

⁵² Para el lector interesado en mis valoraciones sobre ella, puede acudir para una primera aproximación a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El Derecho penal internacional en contextos transicionales”, en GIL GIL, A. y MACULÁN, E. (dirs), BELTRÁN, A., CHINCHÓN, J., GARROCHO, A. M., LIÑAN, A., y OLLÉ, M., *Derecho penal internacional*, Segunda edición, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 523-547. Respecto a una cuestión que aún concita un grado de discusión y polémica notables, cual es la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular, puede verse en mayor detalle, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en *Dujardin y otros contra Francia* a la sentencia de la Gran Sala en *Marguš contra Croacia*: ¿Progresivo desarrollo o desarrollo circular?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, septiembre/diciembre 2015, pp. 909-947.

⁵³ Auto 80/2021, de 15 de septiembre de 2021. Recurso de amparo 5781-2018.

⁵⁴ Como es bien conocido, y ya solo respecto a la cuestión que aquí ocupa, la literatura en torno al sentido y contenido del principio de legalidad penal es muy abundante. Y en paralelo, pese a todos los debates tenidos sobre ello, la falta de consenso entre –en resumen– las consideraciones más cercanas al Derecho internacional (penal) y aquellas más próximas al Derecho (penal) interno es patente. Para una interesante aproximación de conjunto, cuyas tesis comparto pero que incluye igualmente ejemplos de posiciones en contra, puede verse OLLÉ SESÉ, M., “Principios generales”, en GIL GIL, A. y MACULÁN, E. (dirs), BELTRÁN, A., CHINCHÓN, J., GARROCHO, A. M., LIÑAN, A., y OLLÉ, M., *Derecho penal internacional*, op. cit., en especial pp. 178-192.

⁵⁵ A modo de ejemplo, véase la referencia de la nota 68.

⁵⁶ “Aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, preocupa al Comité el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales N° 20 (1992), relativas al artículo 7, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y N° 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque

dentro del debate establecido respecto a su validez jurídica (internacional), se mantuvo que debía tenerse especialmente en cuenta que aquella norma fue fruto del consenso y apoyaba y aprobada por “fuerzas de izquierda y de centro e, incluso, de derecha”⁵⁷; que fue, en fin, una pieza central de la Transición que respondía a la “voluntad del pueblo español, articulada en una ley”⁵⁸. Fuera o no fuese así, la cuestión creo que vuelve a ser: ¿pero qué relevancia tiene todo ello en un debate sobre su licitud internacional? ¿Este tipo de planteamientos conllevan, o pueden conllevar, que no sea de aplicación respecto a ella el contenido de principios esenciales como los codificados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁹ o el 3 o 32 del Proyecto Definitivo de la CDI⁶⁰? Por qué o cómo podría ser esto posible es un asunto que escapa a mi comprensión.

En cualquier caso, mi impresión es que con el lenguaje usado y aproximación escogidas por el Comité de Derechos Humanos que venimos señalando, lo que parece es que nos está adelantando su primera conclusión. La misma, de hecho, puede resumirse en estas dos líneas; a saber, que: “no sería razonable considerar la ratificación del Pacto por el Estado parte como implicando para él un deber activo de investigar desapariciones forzadas que ocurrieron en un pasado muy lejano”⁶¹. El enfoque escogido en este trabajo conlleva no entrar ahora en el concreto del artículo 2.3 del Pacto, en el deber de garantía, o en la obligación de investigar⁶², tampoco en un debate de fondo respecto a si el deber

toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la memoria histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, toma nota también con preocupación de las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas. El Estado parte debería: a) considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977; b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas”. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 40 DEL PACTO. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. España”, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párr. 9.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Nº 101/2012, de 27 de febrero de 2012, p. 20.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

⁶⁰ “Artículo 3. Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”. Artículo 32. Irrelevancia del derecho interno. El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”.

⁶¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 7.6.

⁶² Para mi visión en detalle, puede verse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007, pp. 238-269.

de investigar es una obligación de medio o de resultado⁶³, si bien, entiendo que sostener lo último en términos absolutos puede tener un encaje difícil con el principio general del efecto útil de las obligaciones internacionales. La cuestión aquí es que de la anterior afirmación del Comité cabría entonces colegir que desde una perspectiva general y en sentido contrario: sí sería razonable entender que a partir de ese momento, a partir de la entrada en vigor del Pacto para España, nuestro Estado no tendría obligación alguna de cesar en la comisión de esos hechos; cesación que se realizaría, de salida y entre otras cosas, es obvio que mediante su investigación y/o al menos intento de investigación.

Siguiendo la lógica que estamos construyendo a partir de las reglas generales del Derecho internacional, mi opinión es la contraria, que eso no es razonable. El Comité transformará esto en una cuestión relativa a su competencia temporal, como veremos de inmediato, pero a mi modo de ver, lo que está sosteniendo es una cuestión material. Porque lo que nos está diciendo es que no sería razonable entender que esos hechos violaron el Pacto a partir de su entrada en vigor y en adelante. Y esto es doblemente desconcertante, porque a lo ya expuesto conviene añadir que no otro que el mismo Comité afirmó en 2015 – reiteró de hecho, porque igual concluyó en 2009⁶⁴– lo siguiente en sus Observaciones Finales sobre España:

“El Estado parte debe impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones a los derechos humanos del pasado [en particular los delitos de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias]. El Estado parte debe también velar por que en estas investigaciones se identifique a los responsables, se los enjuicie y se les impongan sanciones apropiadas, proporcionales a la gravedad de los crímenes y se repare a las víctimas”⁶⁵.

Ahora bien, la pregunta sería entonces: pero, ¿por qué debe hacerlo? La única respuesta posible, que se me ocurre a mí al menos, de conformidad al artículo 40.1 del Pacto⁶⁶ es porque al menos a juicio del Comité, ese deber se deriva del contenido del Pacto. Y en este punto conviene subrayar que ese juicio del Comité no es uno entre tantos, sino que como bien se ha afirmado recientemente, equivaldría a la “interpretación autorizada” del Pacto⁶⁷. Una nueva duda pues: ¿Es que para el Comité de Derechos Humanos, de conformidad a las obligaciones del Pacto, España debía hacerlo en o hasta 2015, pero no

⁶³ Para un debate de interés en el seno del mismo Comité, puede acudirse a su decisión, y votos particulares, en el caso *Cifuentes Elgueta contra Chile*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/96/D/1536/2006, 7 de septiembre de 2009,

⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 40...”, doc. cit., párr. 9.

⁶⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España”, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/ESP/CO/6, 14 de agosto de 2015, párr. 21.

⁶⁶ “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”.

⁶⁷ LÓPEZ MARTÍN, A.G., “La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2019, en especial pp. 193-196.

ahora, cuando el Pacto sigue en vigor y los hechos siguen siendo los mismos y siguen sin cesar? No soy capaz de encontrar una base jurídica que pudiera sostener tal cosa, pero así parece. Y es que a mayor abundamiento, y yendo hacia finales del año 2021, en las Observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada sobre la información complementaria presentada por España, se afirmó, muy oportunamente a mi juicio sobre la base de lo que hemos razonado anteriormente, lo que sigue:

“... el Comité también exhorta al Estado parte a:

- a) Garantizar que todas las desapariciones forzadas que pudiesen haberse iniciado en el pasado y no hubiesen cesado sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido, y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal;
- b) Adoptar las medidas necesarias con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir las investigaciones, incluida la Ley de Amnistía de 1977;
- c) Asegurar que los autores sean juzgados y sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos;
- d) Velar por que las instituciones que participen en la investigación de las desapariciones cuenten con recursos económicos, técnicos y de personal cualificado adecuados;
- e) Garantizar que las autoridades a cargo de la investigación y búsqueda de personas desaparecidas coordinen sus actividades de forma sistemática;
- f) Asegurar que toda víctima de desaparición forzada pueda ejercer sus derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral”⁶⁸.

Y todo ello sobre la base de una Convención que, como es sabido, entró en vigor en España en septiembre de 2009.

Cuestión diferente es que nuestro país tuviera esa obligación u obligaciones, pero que el Comité de Derechos Humanos no fuera competente para entrar en ella(s), para examinar su cumplimiento o incumplimiento. Esto son dos cosas distintas, es decir, la alegada falta de competencia del Comité no es, ni puede ser, sinónimo de que España no tiene

⁶⁸ COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, “Observaciones finales sobre la información complementaria presentada por España con arreglo al artículo 29, párrafo 4, de la Convención”, Documento de Naciones Unidas: CED/C/ESP/OAI/1, 4 de noviembre de 2021, párr. 19. Con anterior, este Comité ya había señalado que: “12. El Comité, teniendo en consideración el régimen de prescripción vigente en España en relación con los delitos de carácter permanente, insta al Estado parte a que vele por que los plazos de prescripción se cuenten efectivamente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, es decir, desde que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad. Asimismo, lo exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía; que los presuntos autores sean enjuiciados y, de ser declarados culpables, sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos; y que las víctimas reciban reparación adecuada que incluya los medios para su rehabilitación y sea sensible a cuestiones de género”. COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, “Observaciones finales sobre el informe presentado por España...”, doc. cit., párr. 12.

obligación alguna en lo que nos ocupa. Equiparar ambas cuestiones, de hecho, nos debería llevar, saliendo del Comité y el Derecho internacional de los derechos humanos, a afirmar que por ejemplo Pakistán no tiene ninguna obligación en materia de delimitación de espacios marítimos (pese a ser, entre otras cosas, un Estado parte en la Convención de Naciones Unidas de 1982) en tanto que no reconoce la competencia sobre ello del Tribunal Internacional de Justicia, según la letra g) de su Declaración de aceptación de su competencia obligatoria de 2017⁶⁹; o por referir el contenido de su letra f, que mucho recuerda aquella célebre cláusula de los Estados Unidos de América en su Declaración de 1946, que tampoco tiene obligación alguna respecto a la Carta de Naciones Unidas salvo en los casos en que fuera demandado ante el Tribunal Internacional de Justicia por todos los Estados miembros de la organización⁷⁰.

La realidad es que la vigencia, la aplicación temporal de una norma, y la competencia de uno u otro órgano de solución de controversias son cuestiones en modo alguno igualables. Así, pueden darse diferencias por varios motivos, obviamente y de inicio, si un Estado no hubiera aceptado someterse a la competencia del órgano en cuestión; en este caso, el Comité de Derechos Humanos. Lo que no es el caso. Otra posibilidad es que al hacerlo, se hubiese formulado una declaración/reserva que justamente impidiera la lógica expuesta sobre la base del sistema general. Lo cual, en parte hizo por ejemplo Chile al ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto⁷¹, pero no España⁷². Otra vía pudiera ser que en el mismo tratado se haya establecido expresamente una competencia temporal restringida que, en consecuencia, insisto, nos llevase a tener que concluir que no cabe aplicar la lógica y régimen generales. Como ocurre con el -lamentable, en mi opinión- artículo 35 de la

⁶⁹ “I have the honor, by direction of the President of the Islamic Republic of Pakistan to declare that [the] Government of the Islamic Republic of Pakistan recognizes as compulsory ipso facto and without special agreement in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the International Court of Justice under the Statute of the International Court of Justice. Provided that this Declaration shall not apply to: (...) g) any dispute about the delimitation of maritime zones, including the territorial sea, the exclusive economic zone, the continental shelf, the exclusive fishery zone and other zones of national maritime jurisdiction or the exploitation of any disputed area adjacent to any such maritime zone” (disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/declarations/pk>, consultado el 08/01/22).

⁷⁰ “I have the honor, by direction of the President of the Islamic Republic of Pakistan to declare that [the] Government of the Islamic Republic of Pakistan recognizes as compulsory ipso facto and without special agreement in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the International Court of Justice under the Statute of the International Court of Justice. Provided that this Declaration shall not apply to: (...) f) disputes arising under a multilateral treaty or any other international obligation that the Islamic Republic of Pakistan has specifically undertaken unless: i) all the parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court, or ii) the Government of the Islamic Republic of Pakistan specifically agrees to jurisdiction, and iii) the Government of the Islamic Republic of Pakistan is also a Party to the treaty” (disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/declarations/pk>, consultado el 08/01/22).

⁷¹ “In recognizing the competence of the Human Rights Committee to receive and consider communications from individuals, it is the understanding of the Government of Chile that this competence applies in respect of acts occurring after the entry into force for that State of the Optional Protocol or, in any event, to acts which began after 11 March 1990” (disponible en: https://treaties.un.org/pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en, consultado el 08/01/22).

⁷² Sí lo hizo, por ejemplo y por volver al órgano de referencia del sistema general, para aceptar la competencia de la Corte Internacional de Justicia según el artículo 1.d de su Declaración de aceptación de su competencia obligatoria de 1990.

Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁷³; pero una previsión así no está ni en el Pacto ni en el Protocolo Facultativo. Una última, por terminar este punto, es que el Comité de Derechos Humanos confunda una cosa con la otra, y cuando está hablando de la aplicación en el tiempo del Pacto para hechos continuados, dé una suerte de pirueta y termine sosteniendo que no es competente temporalmente. Lo que me temo que es el caso, porque tras todo lo expuesto su conclusión se limita a una frase final, cual es, que no “tiene jurisdicción sobre unas violaciones, incluso con ciertos efectos continuos, derivados de hechos que ocurrieron en 1936”⁷⁴. A la luz de esta última afirmación, no puedo dejar de apuntar que hay una suerte de nuevo cambio de última hora, deslizando que una desaparición forzada es una especie de hecho instantáneo con ciertos efectos continuos; lo que, como ya hemos visto, es también insostenible técnicamente.

No sé si consciente de que la argumentación que acababa de construir es de muy difícil digestión jurídica, el Comité agregará a lo anterior un motivo adicional para auto-declarar su falta de competencia temporal. Su sustento lo situará en el artículo 99 de su actual Reglamento⁷⁵, resultando, en síntesis, que para el Comité, las autoras no habían explicado adecuadamente por qué no presentaron su comunicación hasta el año 2019. Este particular enlaza con lo que veremos en el siguiente apartado de la mano del agotamiento de los recursos internos, con lo que baste apuntar aquí que tanto en la comunicación inicial, como en parte en la respuesta que hicieron a las alegaciones de España⁷⁶ -en las que no se incluían, con todo, menciones a esta cuestión-, habían expuesto el desarrollo temporal de las distintas actuaciones realizadas hasta acudir al Comité. No obstante, para este no pareció ser una explicación suficiente, de tal modo que concluyó que:

“... incluso comunicaciones que aleguen desapariciones forzadas no deberían de ser presentadas con una excesiva o inexplicada demora por parte de los autores, una vez que se den cuenta, o que deberían de darse cuenta, de que no se ha iniciado ninguna investigación o que la investigación ha caído en la inacción o se ha vuelto ineficaz, y cuando, en cualquiera de esas eventualidades, no haya perspectiva realista de investigación efectiva sobre la suerte de las víctimas, los posibles responsables y el paradero de los restos mortales, dado que los hechos ocurrieron

⁷³ “Artículo 35 1. La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención”.

⁷⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 7.6.

⁷⁵ “Que la comunicación no constituye un abuso del derecho a presentar comunicaciones. En principio, la demora en presentar una comunicación no puede invocarse como base de una decisión de inadmisibilidad *ratione temporis* fundada en el abuso del derecho a presentar comunicaciones. No obstante, podrá constituir abuso de ese derecho la presentación de una comunicación cinco años después del agotamiento de los recursos internos por su autor o, en su caso, tres años después de la conclusión de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a menos que la demora esté justificada habida cuenta de todas las circunstancias de la comunicación”. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Reglamento del Comité de Derechos Humanos”, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/3/Rev.12, 4 de enero de 2021.

⁷⁶ “Comentarios de las autoras a las observaciones del Estado sobre la admisibilidad de la Comunicación número 3599/2019 ante el Comité de Derechos Humanos”, 9 de septiembre de 2019. Original en poder del autor.

hace 85 años. Si bien el Comité reconoce el profundo sufrimiento, angustia y estrés causados por la desaparición forzada de sus familiares y por la actitud de indiferencia mostrada por el Estado parte frente a las reiteradas solicitudes de las autoras durante diversas décadas por la verdad y la justicia, considera que la presentación tardía de la comunicación es incompatible con los requisitos *ratione temporis* del artículo 99 de su Reglamento y, por lo tanto, inadmisibles⁷⁷.

De este modo, que las autoras hubiesen tardado “demasiado tiempo” en llevar su caso ante el Comité fue considerado como un motivo añadido para declarar su falta de competencia siguiendo, aunque con cita indirecta, una doctrina ideada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir del caso *Varnava y otros contra Turquía*⁷⁸, y que como tal alcanzó también a causas relativas a España⁷⁹. Estaríamos, por tanto, ante un evidente fenómeno de fertilización cruzada, aclarando no obstante que igual pudiera haberse escogido referencias al sistema interamericano⁸⁰ o africano⁸¹, cuyas soluciones sobre esta cuestión son coincidentes con lo que aquí venimos defendiendo. En su momento, ya expuse en detalle mi valoración crítica respecto a la posición que entonces adoptó el Tribunal Europeo⁸², y que ahora hace propia el Comité, con lo que baste apuntar en este punto que siguiendo el razonamiento ya expuesto, a mi entender no cabe iniciar cómputo procesal alguno hasta el momento en que un hecho continuado haya cesado. Dicho en la formulación condensada de algunos especialistas: “The rights of the victims of enforced disappearance do not have an expiration date”⁸³. O por utilizar una analogía, no cabe hablar de plazos de prescripción de un hecho que sigue cometiéndose, como por lo demás, prevén diversas disposiciones internacionales⁸⁴ y sostuvo el Magistrado Garzón

⁷⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 7.7.

⁷⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Varnava and others v. Turkey (GC)*, *Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. Spain*, *Application no. 301410/09*, decisión sobre admisibilidad de 27 de marzo de 2012.

⁸⁰ A modo de ejemplo, pueden consultarse: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 12 de agosto de 2008; *Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 23 de noviembre de 2009; *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas*, 24 de noviembre de 2010; *Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, 24 de febrero de 2011.

⁸¹ Véase, COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, *Comunicación 361/08: J.E Zitha & P.J.L.Zitha v. Mozambique*, 23 febrero-3 de marzo de 2011 (disponible en <http://caselaw.ihfda.org/doc/361.08/>, consultado el 14/01/2022).

⁸² CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2-derecho a la vida). Teoría y práctica: de *De Becker c. Bélgica* a *Canales Bermejo c. España*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LXVI, núm. 1, 2014, pp. 125-158.

⁸³ GALVIS PATIÑO, M. C., y HUHLE, R., “The Rights of the Victims of Enforced Disappearance Do Not Have an Expiration Date”, *Opinio Juris*, 7 de julio de 2020 (disponible en: <http://opiniojuris.org/2020/07/07/the-rights-of-the-victims-of-enforced-disappearance-do-not-have-an-expiration-date/>, consultado el 14/01/2022).

⁸⁴ Así, a tener del artículo 8 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, 1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el

en su célebre Auto de 16 de octubre de 2008⁸⁵; el cual, no otro que el mismo Comité de Derechos Humanos, en su reciente decisión en el *caso Garzón c. España* consideró como “cuanto menos una interpretación jurídica plausible”⁸⁶. Parece, con todo, que no lo suficiente para que el mismo Comité la siga en esta oportunidad.

III. LA QUEJA COMO VÍCTIMAS DIRECTAS DE LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL PACTO, EN CONEXIÓN CON EL 2.3.

El Comité de Derechos Humanos abordará lo que, como ya dijimos al comienzo, podríamos llamar la segunda parte de la comunicación. Esto es, aquella en que las autoras acudieron al Comité, no como víctimas indirectas de la desaparición, sino como víctimas directas de la violación del ya citado artículo 7 del Pacto, en relación con el 2.3. En otras palabras, las de la propia comunicación presentada, porque las:

“... autoras (...) han estado sometidas a una angustia y sufrimiento profundos y continuos (desde hace más de 80 años en el caso de doña Francisca Alomar) producto de la detención arbitraria y posterior desaparición forzada de sus padres y abuelos. (...) Su sufrimiento e incertidumbre se han visto acrecentados por las omisiones de las autoridades en relación a todas las diligencias que han practicado desde hace años para conseguir verdad, justicia y reparación. (...) En definitiva, aunque las autoras fueron obligadas a declarar fallecidos a sus familiares, la incertidumbre sobre lo acontecido a doña Margalida Jaume y a don Antonio Alomar se mantiene hasta la actualidad y abarca los motivos de la detención y así como su suerte y su paradero. Tal incertidumbre ha constituido una fuente de sufrimiento profundo y continuado, de angustia y desconsuelo, agravada porque el Estado no ha realizado ninguna investigación de oficio, inmediata e imparcial para averiguar qué pasó con ellos y, en caso de que hayan muerto, exhumar, identificar y entregar sus restos, ni para enjuiciar y castigar a los responsables y reparar el daño que doña Francisca Alomar y doña Bartolomea Riera han sufrido. Doña Francisca Alomar, a sus 90 años, espera vivir lo suficiente para averiguar dónde yacen sus ancestros y poner flores en la tierra que los sepulta. Para ella y para doña Bartolomea Riera, averiguar dónde yacen sus ancestros y conseguir justicia y reparación integral es irrenunciable porque su ausencia es interminable”⁸⁷.

plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito”. En un orden de ideas similar, véase el artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, probada por la Asamblea General de Naciones en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre 1992. En el sistema interamericano, de su lado, consúltese el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

⁸⁵ Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional, Razonamientos Jurídico Noveno.

⁸⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Garzón c. España*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/132/D/2844/2016, 25 de agosto de 2021, parr. 5.7.

⁸⁷ Párrs. 172 y 178. Original en poder del autor.

En la comunicación se acompañaba un informe pericial de la psicóloga Anna Miraño que acreditaba lo recién resumido, pero en lo que ahora interesa, no es esta una cuestión objeto de verdadera polémica, pues el Comité no discute nada de ello, reconociendo expresamente, como ya reproducimos, “el profundo sufrimiento, angustia y estrés causados por la desaparición forzada de sus familiares y por la actitud de indiferencia mostrada por el Estado parte frente a las reiteradas solicitudes de las autoras durante diversas décadas por la verdad y la justicia”⁸⁸. En realidad, sólo en la respuesta de España hay una suerte de contestación de lo anterior, pues parece considerar que estas dos personas no son víctimas en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto⁸⁹, sino que:

“... en atención al real contenido de la comunicación y teniendo en cuenta la actuación de las comunicantes ante las autoridades del Estado (inexistentes sobre el objeto de la comunicación que alega inacción por parte del Estado parte respecto de las desapariciones forzadas) unido a que reclaman, en relación con el primer grupo de vulneraciones, en nombre de las personas desaparecidas, la comunicación también es inadmisibile *ratione personae*”⁹⁰.

Aunque el Comité de Derechos Humanos atenderá este argumento antes de entrar en el concreto particular que ahora estamos examinando, su respuesta, en concordancia con lo que acabamos de señalar, es bastante rotunda; afirmando que:

“... las autoras han justificado un daño personal e individualizado, causado por la desaparición de sus padres y abuelos, identificando vulneraciones concretas de sus derechos individuales reconocidos en el Pacto, por lo que considera que el artículo 1 del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo a la admisibilidad de la presente comunicación”⁹¹.

De otro lado, el Comité tampoco realiza ninguna aseveración en cuanto a su competencia temporal en este punto, es decir, y esto es muy significativo a mi entender, no le plantea problema alguno que ese sufrimientos y dolor comenzase, por recordar sus propias palabras que ya citamos, “en un pasado muy lejano”, “incluso antes de la consolidación del moderno derecho internacional de los derechos humanos”⁹². En el entendido de que continúa hoy en día, parece aplicar la consecuencia lógica que hemos estado exponiendo y defendiendo antes. En consecuencia, nada que objetar aquí.

⁸⁸ Véase nota 77.

⁸⁹ “Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo”.

⁹⁰ Página 16 de la respuesta de España de 8 de julio de 2019. Original en poder del autor.

⁹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 7.4.

⁹² Véase nota 49.

Será entonces a partir de otro requisito de admisión, el agotamiento de recursos internos, donde el Comité desplegará su análisis, y uso esta palabra siendo muy generoso, porque dedica apenas dos líneas a él⁹³. Una vez más, volvamos antes de nada a la teoría general. Como ha señalado el Tribunal Internacional de Justicia, el agotamiento de los recursos internos es “a well-established rule of customary international law”⁹⁴ y “an important principle of customary international law”⁹⁵. Su razón de ser, el mismo Tribunal la ha resumido en que:

“Before resort may be had to an international court (...), it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system”⁹⁶.

A partir de ello, como es sabido, lo anterior se ha ido perfilando con, entre otros, un elemento o característica clave para el presente análisis, aunque ciertamente bajo una terminología no homogénea. Así por ejemplo, la fórmula codificadora que se utilizó en el Proyecto de la CDI de 2001, artículo 44.b), es que sólo deben agotarse las vías de recurso internas “disponibles y efectivas”. Poco después, como la misma CDI advirtió entonces, se volvió al particular en el contexto de la Protección Diplomática, siendo que en el Proyecto aprobado en 2006, la CDI estudió tres alternativas:

“... para la formulación de una regla que recoja las circunstancias en que no es necesario agotar los recursos internos a causa de las deficiencias de la administración de justicia: i) los recursos internos son manifiestamente inútiles; ii) los recursos internos no ofrecen ninguna perspectiva razonable de éxito; iii) los recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad razonable de reparación efectiva”⁹⁷.

Tras analizar las posiciones doctrinales y la práctica jurisprudencial existente⁹⁸, la CDI se decantó por recoger finalmente, en lo que sería el artículo 15 de su Proyecto, que:

“No será necesario agotar los recursos internos cuando: a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación; b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca”⁹⁹.

⁹³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 7.8.

⁹⁴ TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Interhandel Case, Judgment of March 21st. 1969*, I.C.J. *J. Reports* 1959, p. 26.

⁹⁵ TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment*, I.C.J. *Reports* 1989, párr. 50.

⁹⁶ TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Interhandel Case*, doc. cit. p. 26.

⁹⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, vol. II (segunda parte), p. 51.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 51-52.

⁹⁹ Véanse, Documentos de Naciones Unidas: A/61/10 y A/RES/62/67, 8 de enero de 2008.

Es así entonces como, por parafrasear el artículo 35.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamental, se ha de entender el principio del agotamiento de los recursos internos “según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”.

En lo que refiere al Comité de Derechos Humanos, cabe apuntar que el artículo 5.2. b) del Protocolo Facultativo no contiene menciones en el sentido antes explicitado, sólo una indicación a que no habrán de agostarse “cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente”. Su Reglamento, de su lado, en su actual artículo 99 sólo ha añadido el concepto de “recursos internos disponibles”. Ahora bien, la adecuada caracterización del principio general que ya hemos apuntado ha sido oportunamente asumida por el Comité, también de la mano de lo dispuesto en el artículo 2.3.a) del Pacto, que, como es sabido, recoge el concepto de “recurso efectivo”. Así, y por usar una referencia de resumen que va repitiéndose en cadena casi literal desde hace años: “El Comité también recuerda su jurisprudencia en el sentido de que, en los casos de violaciones graves, se requiere un recurso judicial efectivo”¹⁰⁰; o en otros términos: “... además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte habrán de garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos”¹⁰¹. En suma: “Según la jurisprudencia constante del Comité sólo se necesitan agotar aquellos recursos que tengan posibilidades de prosperar”¹⁰².

En la comunicación presentada, y también de forma resumida en la decisión del Comité, se recogen los recursos judiciales y administrativos presentados por las autoras. Por ilustrarlos con un solo dato, en el texto de la decisión su enumeración y explicación sumaria ocupa casi dos páginas; esto es, lo mismo que prácticamente se dedica a desarrollar toda la argumentación jurídica para resolver el caso. Entre estos recursos se encuentran acciones en la Audiencia Nacional, el Juzgado de Instrucción número 10 de Palma de Mallorca, la Audiencia Provincial de Mallorca, y el Tribunal Constitucional; también ante la jurisdicción de terceros países, Argentina en concreto; posteriores denuncias ante el Juzgado de Instrucción No. 1 de Manacor; actuaciones en el plano administrativo, etc. A partir de ello, cabe volver a la fórmula que antes recogimos de la mano del Tribunal Internacional de Justicia y de la CDI, esto es, que el sentido de todos esos recursos ha de ser lograr una reparación efectiva; y a ello agregar algo que acertadamente ha destacado el mismo Comité en una de sus Observaciones Generales, es decir, que: “El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un

¹⁰⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Chhedulal Tharu y otros c. Nepal*, Documentos de Naciones Unidas: CCPR/C/114/D/2038/2011, 21 de octubre de 2015, párr. 9.3.

¹⁰¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación general No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 15.

¹⁰² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Alba Cabriada c. España*, Documentos de Naciones Unidas: CCPR/C/82/D/1101/2002, 15 de noviembre de 2004, párr. 6.5. Para más datos sobre este particular, en un examen de gran interés relativo precisamente a España, véase BOU FRANCH, V., “Las comunicaciones contra España presentadas en el Comité de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho español”, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones...*, op. cit., en especial pp. 26-30.

recurso eficaz”¹⁰³. Sin entrar ahora en la potencial coincidencia entre el deber de cesar y la obligación de reparar mediante restitución, a lo recogido cabría añadir finalmente lo indicado por la propia CDI; a saber, que :“la cesación de un comportamiento contrario a una obligación internacional es el primer requisito para eliminar las consecuencias de un comportamiento ilícito”¹⁰⁴.

Expuesto todo ello, cabe indicar que la respuesta de España sobre este último particular es un tanto confusa y parece ser completamente descartada por el Comité de Derechos Humanos¹⁰⁵. Pero como avanzamos, toda esta cuestión terminará siendo resuelta en apenas un par de líneas, en los siguientes términos literales: “(...) el Comité considera que las autoras no han demostrado que dicha queja haya sido presentada ante las autoridades nacionales. Por lo tanto, considera que los recursos internos no se han agotado”¹⁰⁶. No se dice nada más, ni nada menos.

Recapitemos: las autoras han explorado, sin ningún éxito, todas las vías jurisdiccionales internas para conocer la suerte y/o el paradero de sus seres queridos, desconocimiento que el mismo Comité reconoce como, recordemos, causante de “una angustia y sufrimiento profundos y continuos”; es decir, una violación del artículo 7 del Pacto. De hecho, en esta segunda parte de la comunicación esa y no otra es precisamente la “queja”. La pregunta entonces bien pudiera ser: ¿Cómo debería el Estado, comencemos, cesar en esa violación continuada del artículo 7 y también, en su caso, repararla efectivamente? Parece de sentido común que no negándose a realizar esa investigación sobre la suerte y/o el paradero de las dos personas desaparecidas; es decir, el motivo clave que justifica la vulneración del artículo 7 del Pacto. De sentido común, y además totalmente acorde con la propia jurisprudencia constante del mismo Comité, que podemos sintetizar con lo que sigue:

“The Committee notes the anguish and distress caused to the author and her family by the disappearance and extrajudicial killing of Mr. Bolakhe; the continuing uncertainty about the circumstance that led to his death; that no investigation has been carried out; and that no one has been convicted. In this regard, the Committee considers that these facts reveal a violation of article 7 of the Covenant with respect to the author and the family member on whose behalf she filed the present communication”¹⁰⁷.

¹⁰³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación general No. 31”, doc. cit., párr. 15.

¹⁰⁴ Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (segunda parte), p. 227.

¹⁰⁵ Aunque en la respuesta de España se alegan algunas otras cosas, el argumento esencial es resumido así por el Comité –y no respondido como tal: “Finalmente, el Estado parte alega también la inadmisibilidad de la comunicación por falta de agotamiento de los recursos internos dado que las acciones judiciales fueron presentadas por la asociación y no directamente por las autoras, y que las actuaciones administrativas presentadas por ellas han sido contestadas”. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *caso Francisca Alomar...*, doc. cit., párr. 4.9.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 7.8

¹⁰⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Gyan Devi Bolakhe et al c. Nepal*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/123/D/2658/2015, 19 de julio de 2018, párr. 7.16.

Tanto es así que como apuntamos al comienzo de este artículo, en el voto particular de cuatro de sus integrantes, la solución adoptada por la mayoría del Comité en las dos líneas que citamos antes se caracteriza, literalmente, como algo “desconcertante” e “inescrutable”¹⁰⁸. Pero aún más, en el supuesto de que quedase alguna vía de recurso¹⁰⁹, la misma debería ser efectiva, ya hemos dicho, y aquí el interrogante no es menor; a saber: ¿cómo puede haber algún recurso que ofrezcan una mínima posibilidad razonable de obtener esa reparación, si como es también reconocido por el propio Comité¹¹⁰, desde el inicio pero en especial tras la Sentencia del Tribunal Supremos que ya citamos de febrero de 2012, todas las acciones judiciales se archivan de plano? Por más decir, ha sido el mismo Comité el que ha afirmado en reiteradas ocasiones:

“... su jurisprudencia en cuanto a que sólo corresponde agotar aquellos recursos que tengan una posibilidad razonable de prosperar y reitera que, cuando la jurisprudencia del más alto tribunal interno haya decidido la cuestión objeto de controversia, eliminando así toda posibilidad de éxito de un recurso ante los tribunales internos, los autores no están obligados a agotar los recursos internos a los efectos del Protocolo Facultativo”¹¹¹.

En varios de los votos particulares se subraya esta más que aparente contradicción. Junto al ya citado¹¹², valga, en fin, el razonamiento que se expone en el de Marcia V. J. Kran y Hernán Quezada:

“The State party has not disputed the authors' claim that they requested full reparation for the harms suffered from domestic authorities and we therefore consider the claim for reparation for mental suffering was sufficiently raised. Moreover, the State party has not disputed the authors' claim that Supreme Court judgment No. 101/2012 of 27 February 2012, led to the general dismissal of all appeals lodged by victims throughout the country as it established case law on the purported reasons for which judges were not authorized to investigate crimes committed during the Civil War and the Franco era. Even if the authors now were to bring an action in their own name, the State party has not disputed that their cases would be dismissed due to established case law. We are therefore of the view that the authors do not have any further effective remedy”¹¹³.

¹⁰⁸ Párrafos 3 y 4 de la “Joint Opinion of Committee members Arif Bulkan, Hélène Tigroudja, Yadh Ben Achour and Ahmed Amin Fathalla (partially dissenting)”, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *caso Francisca Alomar...*, doc. cit.

¹⁰⁹ Para una visión actualizado sobre ello, véase CAPELLÀ I ROIG, M., “El derecho a interponer recursos y a obtener reparación de los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil española”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 20, 2021, pp. 104-140. Para una panorámica de conjunto, centrada en lo que cabría entender –generosamente– como indemnización como forma de reparaciones, VALLÈS MUÑO, D., *Las reparaciones económicas por los daños derivados de la Guerra Civil española y del Franquismo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

¹¹⁰ Véase por ejemplo, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España”, doc. cit., párr. 21.

¹¹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *García Sánchez y González Clares c. España*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/88/D/1332/2004, 15 de noviembre de 2006, párr. 6.3.

¹¹² Véase nota 108.

¹¹³ Párr. 6.

No hay nada en la decisión del Comité de Derechos Humanos que permita tratar de resolver por qué estima que quedan pues recursos internos eficaces por agotar. Pero por cerrar este apartado de perplejidades, tampoco conviene olvidar que no otro que el mismo Comité ha destacado varias veces que el Estado debe demostrar la existencia de recursos disponibles útiles en las circunstancias del caso que el autor de una comunicación debería haber agotado¹¹⁴, y España en su respuesta no hizo nada de eso¹¹⁵.

En consecuencia, no cabe más que concluir que el Comité inadmite esta segunda queja sin darnos motivo alguno comprensible, al menos para mí.

IV. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

Dos de las representantes legales de las autoras del caso que hemos analizado, dejaron escrito varios meses antes de la resolución del Comité de Derechos Humanos, que:

“... the communication against Spain pending before the CCPR [is] the perfect opportunity to specify the precise legal consequences of the continuous nature of enforced disappearance and the corresponding States’ obligations. Indeed, the CCPR has the chance to confirm its position on enforced disappearances as a continuous crime and to recognize Spain’s non-compliance with its positive procedural obligations of search, investigation and comprehensive reparation in favour of victims”¹¹⁶.

Mi valoración, tal y como he tratado de ir explicando, respecto al modo en que el Comité resolvió las dos cuestiones, o quejas, planteadas, no puede ser más crítica. Con todo, ciertamente pudiera hacerse una diferenciación final siguiendo la estructura de este trabajo. Así, en lo relativo a lo que hemos estudiado en el apartado segundo, no parece existir ninguna posición disidente en el seno del Comité. De hecho, en el voto concurrente de Yuval Shany, Jose Santos-Pais, Gentian Zyberi, David Moore, y Vasilka Sancin, se aporta un argumento adicional para sostener la falta de competencia temporal en este caso:

“We wish to further underscore that the fact-finding tools available to the Committee do not allow it to effectively establish the historical truth about events as in the present case, which occurred in the distant past, in the context of a bitter and tragic civil war, and which have left deep scars in Spanish society until the present day.

¹¹⁴ Véase, entre otros, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Mariam Sankara et al. c. Burkina Faso*, Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/86/D/1159/2003, 11 de abril de 2006, párr. 6.5.

¹¹⁵ Consúltense las páginas 17 y 18.

¹¹⁶ CITRONI, G., y MÁRQUEZ, A., “An Opportunity to End Years of Impunity: Enforced Disappearance as a Continuous Gender-Based Crime”, 22 de junio de 2020 (disponible en: <http://opiniojuris.org/2020/06/22/an-opportunity-to-end-years-of-impunity-enforced-disappearance-as-a-continuous-gender-based-crime/>, consultado el 06/02/2022).

3. Furthermore, the long passage of time, which considerably exceeds the presumed lifespan of the victims, had they not been killed during the Spanish Civil War, and that of the perpetrators of the crimes in question, renders unsuitable the normal doctrines developed by the Committee in relation to the prompt and effective investigation of past crimes, which assume the availability of sufficient forensic”¹¹⁷.

No es el momento de entrar a discutir estas afirmaciones, pero sí de recordar algo que ya hemos destacado *supra* y que, expresamente, se dice al comienzo de la comunicación presentada; esto es, que:

“De esta manera, la comunicación no se refiere *per se* a desapariciones forzadas iniciadas con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor del Pacto para España, sino más bien a las violaciones de las disposiciones del Pacto que las autoras están padeciendo en la actualidad además de las violaciones de naturaleza procedimental con respecto a doña Margalida Jaume y don Antonio Alomar que tienen naturaleza continuada y se siguen produciendo hasta la fecha de hoy. 8. Las autoras de la comunicación lamentan la violación por parte de España de los Art. 6, 7, 9, y 16 leídos en conjunto con el Art. 2, párr. 3, del Pacto respecto de la doña Margalida Jaume y don Antonio Alomar. Se trata de violaciones de naturaleza procedimental y positiva cometidas desde el 25 de enero de 1985 hasta la fecha de hoy debido a la falta de investigación –tanto en términos de búsqueda como de investigación penal– por las autoridades españolas, y que se refieren a los daños sufridos en relación a la desaparición forzada de doña Margalida Jaume y don Antonio Alomar, cuya suerte y paradero permanecen desconocidos”¹¹⁸.

Así las cosas, en lo fáctico pudiera entenderse o compartirse, en un grado u otro, lo que acabamos de reproducir en el voto particular concurrente, pero resulta complicado hacer lo mismo cuando la alegación, en resumen, es que esas dos personas siguen desaparecidas porque el Estado no ha realizado ninguna investigación sobre su suerte o paradero en todos estos años. En otras palabras, constatar tal cosa no parece ser algo que exceda de las “fact-finding tools available to the Committee”. Por más decir, ya hemos visto que el Comité lo ha afirmado reiteradamente, y sin embargo, se siente incompetente para hacerlo en la resolución de esta comunicación individual.

Quizá lo que late en el fondo de este tipo de argumentos es cierta precaución tendente a evitar tener que atender desapariciones forzadas que comenzaron hace mucho – *demasiado*- tiempo atrás, y/o en consecuencia, abrir la vía a un gran número de potenciales casos ante el Comité de Derechos Humanos, u otro órgano análogo. En este orden de ideas, puede recordarse, por ejemplo, la práctica del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de limitar su competencia a las desapariciones que iniciaron tras el establecimiento de las Naciones

¹¹⁷ Párrs. 2 y 3 de su voto concurrente.

¹¹⁸ P. 2. Original en poder del autor.

Unidas –política que se modificó precisamente tras su visita a España¹¹⁹. Al respecto, mi opinión, de un lado, es que se trata de temor infundado, por dos motivos al menos: El primero, porque sobre esos hechos debería darse la continua negativa del Estado a atenderlos, la voluntad de seguir manteniendo oculta la suerte o el paradero de la persona desaparecida; el segundo, de orden procesal, porque también tendría que concurrir la existencia de personas con legitimidad activa para llevar tales casos ante esas instancias internacionales, es decir, víctimas indirectas de esas desapariciones que iniciaron hace décadas y décadas atrás. Pero del otro lado, a mi modo de entender, lo elemental es que establecer esta especie de límites procesales, realmente arbitrarios y por tanto extramuros de la lógica aplicación del Derecho, no es algo que le corresponda a un órgano como el Comité; más aún, ni él ni a ningún otro órgano u institución cuyo fin no es otro que garantizar el respeto de los derechos humanos de cualquier persona de la manera más amplia posible.

Enlazando con ello, en lo que refiere a todo lo que hemos examinado en el apartado tercero, ya hemos destacado la existencia de una clara posición disidente dentro del mismo Comité. De hecho, en el primer voto particular que citamos se concluye con algo que creo que es muy relevante:

“Finally, we note that the authors’ claim in relation to themselves is of a type that has been repeatedly recognised under the Covenant, covering the profound anguish and suffering experienced by persons whose immediate relatives are the victims of serious human rights violations and exacerbated by the indifference of official authorities. The first-named author is the child of the disappeared couple, and the effects of being orphaned were both material and emotional, acute and omnipresent throughout her life and that of her deceased sister. That the first-named author continues to seek justice 84 years later, undaunted by the structural barriers placed in her way by the State party, is indicative of the depth and persistence of her grief. *Had this case been found admissible by the Committee, it is difficult in such circumstances to envisage any conclusion other than that of a violation of Article 7 of the Covenant, read in conjunction with Article 2(3)*”¹²⁰.

Sin conocer todos los detalles de la evidente discusión interna que se debió suscitar, lo que parece entonces es que la posición mayoritaria mantuvo una postura que hizo posible no declarar tal violación, es decir y en consecuencia, no ordenar a España las medidas precisas para reparar la violación de los derechos humanos de estas dos personas. Y aquí, para terminar, quiero volver casi al inicio de este trabajo, a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en particular a su artículo 31.1, y en especial a lo que la CDI llamó tercer principio contenido en su literal sobre la base tanto del sentido común como

¹¹⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias: Adición: Misión a España”, Documento de Naciones Unidas: A/HRC/27/49/Add.1, 2 de julio de 2014.

¹²⁰ Párrafo 5 de la “Joint Opinion of Committee members Arif Bulkan, Hélène Tigroudja, Yadh Ben Achour and Ahmed Amin Fathalla (partially dissenting)”, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Francisca Alomar...*, doc. cit. Énfasis añadido.

de la buena fe¹²¹. En fin, cabría preguntarnos sobre cuál es el objeto y fin del Protocolo Facultativo del Pacto. Cuestión relativamente fácil de resolver porque, siguiendo la guía del Tribunal Internacional de Justicia¹²², baste acudir a lo que se indica expresamente su Preámbulo: dotar al Comité de la competencia para recibir comunicaciones individuales para “asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la aplicación de sus disposiciones”. Y en cuanto al Pacto, volviendo al sistema general, creo que podríamos hacer extensiva la afirmación que hiciera el Tribunal Internacional de Justicia sobre la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, es decir, que:

“The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose (...) In such a convention the contracting States do not have any interests of their own ; they merely have, one and au, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions”¹²³.

En este orden de ideas, como es sabido, es común la referencia a lo que se conoce como principio *pro homine*, o principio por persona, como “criterio hermenéutico que informa todo”¹²⁴ el Derecho internacional de los derechos humanos. Mi impresión, sin embargo, es que la interpretación que realizó el Comité del requisito previsto en el artículo 5.2. b) del Protocolo Facultativo, parece más bien una interpretación pro Estado. Sumando a ello lo concluido respecto a la determinación de su competencia temporal, creo que podemos volver al inicio de este trabajo y suscribir los calificativos que allí destacamos, en tanto que tal y como he tratado de exponer, esta decisión a mi juicio es indefendible, en lo técnico y en lo humano.

¹²¹ Véase, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II., p. 221.

¹²² “The purposes and objects of this Convention were stated in its Preamble in the following words: (...) In these circumstances, the Court cannot adopt a construction by implication of the provisions of the Madrid Convention which would go beyond the scope of its declared purposes and objects. Further, this contention would involve radical changes and additions to the provisions of the Convention. The Court, in its Opinion -Interpretation of Peace Treaties (Second Phase) (I.C. J. Reports 1950, 229)- stated: "It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them". *Vid.* TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, I.C. J. Reports 1952, p. 196.

¹²³ TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951, p. 23.

¹²⁴ PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M., y COURTIS, CH. (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.163.