

LAS RELACIONES ENTRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS ESTATALES: DE LA APLICACIÓN INDIRECTA Y DIRECTA DEL DERECHO INTERNACIONAL POR EL JUEZ ESPAÑOL*

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público. UCM.
jachal@der.ucm.es

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

A pesar de los años transcurridos, aún recuerdo con nitidez la impresión e inquietud que me causó la lectura de aquel artículo de Eyal Benvenisti publicado bajo el título de *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Norms: An Analysis of Attitudes of National Courts*¹. No ha lugar glosar ahora su contenido, ni entrar en las más próximas revisiones de las conclusiones entonces alcanzadas que tomaron cuerpo en 2008² y 2009³. Su mención, en realidad, nos sirve en este momento para dar pie a la cuestión que se abordará en las próximas páginas, pues por reproducir las palabras del propio profesor Benvenisti, en aquellos trabajos se trató de examinar *«the deep divide that continued to exist between the role that International legal theorists envisaged that national courts should be playing in the evolution of the international law and that held by the national courts themselves»*⁴.

* Quiero dejar constancia de mi gratitud a Alicia Moreno y Lydia Vicente por sus comentarios y aportaciones a esta versión del texto.

¹ E. BENVENISTI, «Judicial Misgivings Regarding the Application of International Norms: An Analysis of Attitudes of National Courts», *European Journal of International Law*, vol. 4, 1993, pp. 159-183.

² E. BENVENISTI, «Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts», *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 241-274.

³ E. BENVENISTI y G. W. DOWNS, «National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 20-1, 2009, pp. 59-72.

⁴ *Vid. Ibid.*, pp. 59-60.

Cuestión, por lo demás, que progresivamente ha ido adquiriendo mayor actualidad y concitando interés creciente en la doctrina, como recientemente han destacado Nicolás Carrillo y Carlos Espósito⁵.

Ahora bien, si los estudios citados ofrecían un análisis amplio, motivos de tiempo y espacio aconsejan que en esta oportunidad me limite a algo más concreto, pero no por ello menos problemático; aunque también trataré de ofrecer a lo largo de esta contribución algunas mínimas pinceladas sobre cuestiones más generales. De este modo, no está en mi ánimo ni la presentación ni la formulación de disquisición alguna —en su doble acepción— de orden teórico y naturaleza general sobre los modelos de relación e integración de las normas de Derecho internacional y/en los ordenamientos internos⁶; ni quiero agotar la paciencia del lector repasando la naturaleza normativa del Derecho internacional, las formas de creación de las obligaciones internacionales o el sistema de interacción entre ellas; tampoco es momento de esgrimir lo que realmente significan e implican principios como el de buena fe, soberanía o consentimiento/relatividad; ni voy a llamar a escena al literal de los arts. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷ o 32 del Proyecto definitivo de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁸.

⁵ C. CARRILLO SANTARELLI y C. ESPÓSITO, «Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII-2, 2011, pp. 51-85, esp. p. 52.

⁶ Como es sabido, la cuestión de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno ha sido abordada en el plano teórico o doctrinal, desde largo tiempo atrás, por dos teorías en las que, de una forma u otra, se alineaban las distintas Constituciones estatales: la teoría dualista y la monista. De forma muy resumida, para la primera, sostenida por autores como Triepel y Anzilotti, el sistema jurídico internacional y los ordenamientos internos estatales son dos órdenes jurídicos distintos y separados; lo que supone, consecuentemente, que una norma internacional no puede ser directamente obligatoria en el orden jurídico interno, siendo necesaria su transformación en una disposición de Derecho interno para lograr su aplicabilidad en este orden. Por su parte, los defensores de la teoría monista —Kelsen y Scelle entre otros— parten de un presupuesto diametralmente opuesto: la existencia de unidad en todo el ordenamiento jurídico; de donde se colige que la norma internacional no necesita de ningún acto expreso del Estado para integrarse en su ordenamiento interno. Entre estos dos extremos se han ido abriendo paso, obvia decirlo, una amplia gama de grises que, con un grado u otro, combinan ambas posturas; siendo que en tiempos más recientes se han formulado, igualmente, algunas otras alternativas analíticas que, en cierto modo, suponen la superación de estas categorías clásicas.

⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, en *BOE* de 13 de junio de 1980.

⁸ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en su 53º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/L.602/Rev.1, de 26 de julio de 2001.

Mi herramienta dialéctica en lo que sigue será ciertamente el Derecho internacional, pero no en sí mismo, sino junto con el Derecho interno, como Derecho interno que también es. No obstante, advertir también que no recordaré en detalle el contenido de los arts. 1.1, 9, 95 o 96 de nuestro texto constitucional; ni tan siquiera examinaré detenidamente lo que dispone e implica el art. 10.2, individualmente o en relación con los artículos recién citados, aunque sí es conveniente dejar aquí apuntado al menos que sobre el mismo me parecen especialmente pertinentes las recientes valoraciones del profesor Fernández de Casadevante, es decir, que «esta disposición no es inútil ni superflua. Por el contrario, otorga una nueva y distinta eficacia [...] en la medida en que las dificultades interpretativas que puedan plantear los derechos y libertades fundamentales [...] deben resolverse en favor de la interpretación que suministra la Declaración Universal de 1948 y los tratados de que habla el art. 10.2»⁹. Tampoco, en fin, deseo en este breve texto volver a exponer en lo más concreto mis opiniones respecto al principio de legalidad penal¹⁰, pues será este ámbito, el penal, el que habrá de concentrar principalmente nuestra atención en lo que vendrá.

En realidad, algunas de mis ocupaciones en estos últimos tiempos con operadores de la justicia penal me han permitido observar cómo, a la hora de la verdad, el Derecho internacional y el Derecho interno parecen asimilarse en el día a día, y al margen de todo lo anterior, a dos locomotoras que transitarían las más de las veces por vías que, aunque se dirijan hacia un mismo destino, lo hacen por líneas perfectamente paralelas, sin viso pues de convergencia; si bien no ocultaré que también sigue siendo posible detectar algunos casos en que, por seguir con la imagen propuesta, ambos parecen viajar por un solo raíl, a veces separándose, otras amenazando con la colisión. Tras esta realidad se ocultan, con toda probabilidad, tanto cuestiones como problemas de fondo cuyo examen y proposición de soluciones exceden de mis posibilidades en este momento¹¹; aunque quizá entre todos ellos, o como fruto total o parcial de los mismos, pueda convenirse en la identificación de algunas aristas más concretas, como por ejemplo, siguien-

⁹ Vid. C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, «Las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno español», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4.ª ed., Madrid, 2011, p. 578.

¹⁰ Para el lector interesado en ello puede verse J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *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*, Madrid, 2007, pp. 168-180.

¹¹ A este respecto puede acudir al reciente trabajo ya citado de Carillo y Espósito, que además incluye una rica bibliografía sobre esta temática. C. CARRILLO SANTARELLI y C. ESPÓSITO, «Los jueces nacionales como garantes...», *op. cit.*, esp. pp. 60 y ss.

do las palabras del magistrado Sáez Valcárcel, que «el jurista nacional se forma y vive de espaldas a la legalidad internacional, un ordenamiento que se presenta como lejano, de dudosa eficacia y próximo a la política»¹².

Sea como fuere, el objeto de este breve texto es tan sólo presentar algunos comentarios vinculados a ciertas decisiones judiciales internas recientes que ponen sobre la mesa de trabajo la cuestión apuntada, y hacerlo acompañando la exposición con algunas referencias internacionales. El objetivo, en fin, no será otro que formular un breve conjunto de reflexiones, pero sobre todo de interrogantes, que pueden o deberían surgir especialmente cuando un operador de justicia interno se enfrenta a un caso en el que se invoca, o pudiera ser de aplicación, una u otra disposición aparentemente propia del Derecho internacional. Y para ello utilizaré como botón de muestra un supuesto, nada hipotético, como es la desaparición forzada de personas. Reteniendo en este punto que en cualquier caso, y más allá de un ejemplo concreto u otro, como muy bien se ha dicho, «la posición del juez nacional siempre ha sido única en la medida en que representa a un órgano principal del Estado que tiene capacidad para operar directamente con el Derecho internacional»¹³.

Ahora bien, por comenzar por el principio, lo primero será mencionar una decisión de hace apenas un año, cuya tesis de fondo bien podría decirse que ejemplifica una suerte de enmienda a la totalidad en cuanto a las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno. Por ello, imprescindible es que dediquemos un primer espacio a establecer algunas premisas fundamentales para todo lo que vendrá después.

II. PREMISAS FUNDAMENTALES

1. El Derecho internacional como desiderátum

Vaya por delante una cita que siempre me pareció especialmente afortunada. Decía el profesor Remiro Brotóns que «lo mismo que Sísifo fue condenado en el Reino de las Tinieblas, donde Hades impera, a hacer rodar una y otra vez una enorme piedra hasta la cumbre de una monta-

¹² Vid. R. SÁEZ VALCÁRCCEL, «Los jueces y el aprendizaje de la impunidad. A propósito de los crímenes del franquismo», *Revista Mientras Tanto*, núm. 114, otoño-invierno de 2010, p. 13.

¹³ Vid. C. CARRILLO SANTARELLI y C. ESPÓSITO, «Los jueces nacionales como garantes...», *op. cit.*, p. 52.

ña, el Derecho internacional parece igualmente condenado a justificar, del *bing bang* al Apocalipsis, su fundamentación y validez *jurídica*¹⁴.

Así, soy muy consciente de que siempre que nos hayamos de referir, siempre que invoquemos alguna disposición del Derecho internacional, en general, y también y por supuesto del Derecho internacional de los derechos humanos o el Derecho internacional penal¹⁵, en particular, vamos a tener delante un escollo no menor. De manera expresa o implícita, verbalizada o fácilmente deducible de la mirada que nos devolverán muchos de aquellos ante los que nombremos este conjunto normativo, su esencia presentará un significado último bastante similar. Algo parecido a: «todo ese Derecho internacional está muy bien, pero no es Derecho de verdad». Impresión de fondo a la que seguirá, si de un operador de justicia interna se trata, la inmediata búsqueda de solución a la cuestión que estuviera planteada en lo que disponga esta o aquella *norma interna*.

Es entonces, desde esta perspectiva, que no tanto habrá de sorprender lo que podía leerse en la resolución judicial que, como ya avancé, he seleccionado como primera prueba de cargo. En aquella oportunidad, y como respuesta a la invocación del Derecho internacional en relación con la desaparición forzada de personas como crímenes contra la humanidad, se dijo lo que sigue:

«A nuestra legislación interna [...] no cabe estimar incorporada cualquier otra de carácter internacional, pues la existencia de un Derecho penal de esta naturaleza no deja actualmente de ser un *desideratum*»¹⁶.

¹⁴ Vid. A. REMIRO BROTONS, R. RIQUELME CORTADO, J. DíEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA CALATAYUD y L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, p. 1.

¹⁵ Al ya haber expuesto en el pasado mi opinión al respecto, soslayo en esta ocasión cualquier debate sobre la denominación de este sector normativo, pues, como es sabido, es (o era) endémica la discusión sobre si el mismo ha de denominarse Derecho internacional penal o Derecho penal internacional; resultando que es probable que este debate al final haya perdido su sentido sustantivo. Aun más, en los últimos tiempos parece abrirse paso cierta convicción de que este sector normativo se ha independizado de sus viejos enganches conceptuales tanto con el Derecho internacional como con el Derecho penal (véase, por ejemplo, C. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, *El genocidio en el Derecho penal internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia, 2011, pp. 50 y 51). Sea como fuere, en este trabajo utilizaremos el rótulo de Derecho internacional penal para, por acudir a un trabajo reciente, lo que referentes como Werle definen como «todas las normas de Derecho internacional que directamente fundamentan, excluyen o de cualquier otro modo regulan una responsabilidad penal». Conjunto normativo que, apuntaré, este prestigioso catedrático de Derecho penal denomina, obviamente, como «Derecho penal internacional». G. WERLE, *Tratado de Derecho penal internacional*, 2.^a ed., Valencia, 2011, p. 78.

¹⁶ Vid. Audiencia Provincial, Sección Segunda, Palma de Mallorca, Auto de 25 de febrero de 2010, Diligencias Previas 1169/09, p. 2.

En apenas tres líneas aparece aquí concentrada la convicción de que la normativa internacional pertinente no es que no sea, no fuera o no fuese de aplicación por un motivo u otro en la causa que examinaba aquel tribunal, sino que sencillamente no existe. Acudiendo a la definición de la Real Académica Española del vocablo utilizado, que las normas de Derecho internacional oportunas no son otra cosa que una *aspiración, un deseo que aún no se ha cumplido*. Ciertamente, una valoración de semejante calado no nos habría de llevar a reflexión alguna sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, pues descartada la existencia del primero, cualquier debate no sería ya más que una pésima reedición de aquello que dice la leyenda se discutía en Constantinopla mientras se producía la invasión turca de 1453.

Para responder entonces a esta «enmienda a la totalidad» anuncié ya que no voy a desplegar la batería teórica al uso; mejor demos por bueno, sea siquiera como mínima concesión, que cuando el Tribunal Supremo, por poner un ejemplo, dijo lo que ahora reproduciré no estaba exponiendo su tesis sobre el sexo de los ángeles:

«Las normas de Derecho internacional penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los derechos humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. Se han traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la humanidad y genocidio. La definición de estos delitos no siempre ha alcanzado la necesaria precisión [...], pero la esencia de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida»¹⁷.

Aceptemos pues, igualmente, que cuando el Alto Tribunal señaló lo que sigue no se estaba limitando a construir sus razonamientos sobre la base de un Derecho que, en fin, simplemente habría que situar entre lo fantástico y lo mítico:

¹⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 798/2007, de 1 de octubre, FD 6.º

«Las previsiones del Derecho internacional penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los derechos humanos esenciales. Nada impide, por tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al Derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional penal»¹⁸.

Convengamos finalmente en que cuando el Tribunal Supremo condenó a 1.084 años de cárcel a Adolfo Scilingo no lo hizo en aplicación exclusiva de desiderátum alguno. Y aclaro que no por casualidad escojo esta sentencia, polémica sin duda¹⁹ y algunos de cuyos extremos yo no comparto; la clave es que esta decisión pone sobre la mesa la discusión sobre cómo interpretar, cómo aplicar, el Derecho internacional pertinente. Esto es, parte de la premisa de que el Derecho internacional penal, el Derecho internacional de los derechos humanos, en definitiva, el Derecho internacional público, existe. Lo que, como ya se ha visto, no es poco decir.

2. El Derecho internacional como Derecho interno

Dando por bueno que no estamos en el ámbito de la ciencia ficción, conviene detenernos un momento en cierta impresión conexas o secundaria que vendría a mantener que, aun aceptando que este conjunto de normas, de obligaciones, realmente existe, son un asunto que habita más allá de las fronteras estatales; son un negociado propio de los órganos, instancias, estructuras, organizaciones, tribunales, lo que se quiera, pero internacionales. Y en este sentido, me limitaré a dos citas como elementos de

¹⁸ *Vid. ibid.*, FD 8.º

¹⁹ Sobre esta sentencia puede acudirse a M. OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, 2008, pp. 64-67 y 161-183, cuya posición y conclusiones comparto. Para una perspectiva parcialmente divergente *vid.* A. GIL GIL, «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en A. CUERDA RIEZU y F. JIMÉNEZ GARCÍA, *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009. Para una visión acerca del procedimiento previo en la Audiencia Nacional, M. CAPELLÁ I ROIG, «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005, pp. 1-13.

prueba. La primera, muy breve, de nada menos que del Tribunal Constitucional, que en relación a la labor del Comité de Derechos Humanos nos compartió que:

«El alto respeto que las comunicaciones de dicho Comité inspiran a este Tribunal no comporta que hayamos de asumir las interpretaciones que efectúan del pacto internacional de derechos civiles y políticos como definitivas del contenido de los derechos fundamentales»²⁰.

De hecho, conviene recordar que ese «alto respeto» se concretó en esta oportunidad en que nuestro Tribunal Constitucional estimó que es a él, y sólo a él, al que compete interpretar lo previsto en el art. 14.5²¹ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²². Concluyendo, en fin, que el Comité no diré que se equivoca²³, pero sí que lo que estime es muy *respectable* como decisión sobre la «existencia de una violación del Pacto en el caso concreto»²⁴, y que en esto se quede y queda; es decir, en nada que sea del interés o incumbencia del Tribunal Constitucional. Dejémoslo aquí, pues no es el objeto de este trabajo volver a defender el adecuado valor que las decisiones de estos órganos han de merecer; aunque valgan como llamada de atención general estas palabras del profesor Fernández de Casadevante: «El Estado Parte en el tratado en cuestión que acepta la competencia del órgano de control en él contemplado sabe que las decisiones de ese órgano de control le obligan y que poseen efectos»²⁵.

²⁰ *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 296/2005, de 21 de noviembre, FD 3.º, párrafo 3.

²¹ «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en *BOE* de 30 de abril de 1977.

²³ Aunque, como reproduce el propio Tribunal Constitucional, la decisión del Comité no era que otra que «el art. 14 no sólo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior, sino también que la condena sea sometida a una segunda instancia de revisión: la circunstancia de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior (punto 7.1)». *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 296/2005, de 21 de noviembre, FD 3.º, párrafo 3.

²⁴ *Vid. ibid.*

²⁵ *Vid.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, «La práctica española relativa a los órganos internacionales de control de los derechos humanos. Un estudio introductorio», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (dir.), *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, 2010, p. 38.

Demos entonces entrada a la segunda cita anunciada; así, en un libro de este mismo 2011 se decía:

«A diferencia de otras disciplinas jurídicas más tradicionales, las oportunidades para seguir una carrera a tiempo completo en Derecho internacional son limitadas [...] además de los siempre escasos puestos de trabajo en la academia, el cuerpo diplomático [...] o en las organizaciones internacionales, poco más queda en manos de los iusinternacionalistas que no sea convertirse en defensores de los derechos humanos o ejercer de abogados ante las distintas jurisdicciones internacionales»²⁶.

Elijo esta referencia como ejemplo final de lo que señalaba *supra*, porque quien así se expresa es precisamente un colega de profesión, un profesor de Derecho internacional público. Pues no se trata de presentar una suerte de panorama de enfrentamiento u oposición entre los que prioritariamente trabajamos con el Derecho internacional y los que lo hacen con el Derecho interno; cada uno defendiendo, con la pluma o con el sable, su coto o compartimiento estanco.

Ahora bien, aclararé que mi impresión y experiencia indican que lo que estoy esbozando en general es sin duda especialmente notable en relación con el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos. Y a este respecto, refiriéndome al segundo de ellos, esto es así por mucho que estemos hablando de un sector del ordenamiento jurídico internacional que, por acudir a una caracterización formal al uso, establece obligaciones absolutas, no recíprocas ni conmutativas, «en tanto que en este tipo de normas los Estados contratantes se asignan fines superiores a su propio interés»²⁷; lo que justifica, entre otras cosas, que sea insoslayable siempre la interpretación *pro homine* de sus prescripciones. Por mucho, en fin, que estemos ante un conjunto de normas que con carácter general también tienen la naturaleza de derecho imperativo o *ius cogens*, en tanto que, como apuntó el profesor Carrillo Salcedo, «responde(n) al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su supervivencia como tal»²⁸. Y así que es patente que no tantos problemas absolutos ha

²⁶ Vid. I. FORCADA BARONA, *Derecho internacional y justicia transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Pamplona, 2011, p. 190.

²⁷ Vid. C. VISSCHER, *Teoría y realidades en Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1962, p. 293, recogido en F. J. QUEL LÓPEZ, «La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, 2007 p. 101.

²⁸ Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 2001, p. 279.

planteado o plantea la aplicación del Derecho internacional en otros ámbitos o sectores, e incluso si este Derecho toma cuerpo es esa cosa extraña, y no sin alguna razón para tantos: el Derecho internacional consuetudinario. Por poner un ejemplo, no tantos problemas conceptuales ha planteado a nuestros operadores internos de justicia aplicar la regulación internacional de las figuras de la inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado en relación a la tutela judicial efectiva del art. 24 de nuestra Constitución; como bien demuestran varias decisiones del Tribunal Supremo o la célebre Sentencia 107/1992 del Tribunal Constitucional. Aunque quizá en ello o para ello haya servido de fundamental ayuda la guía expresa que les ofrece el reenvío del art. 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con todo, no es momento ni lugar para lamento alguno, sino para cerrar este apartado dejando establecida la segunda premisa fundamental en lo que aquí ocupa. Aceptado entonces que el Derecho internacional existe, concluiré con las siguientes palabras del profesor Fernández de Casadevante, a saber:

«Para abordar adecuadamente esta cuestión [es] necesario volver a recordar que, aunque organizado en órdenes distintos, el ordenamiento jurídico posee una unidad, es uno. En efecto, el Derecho internacional público, en general, y el Derecho internacional de los derechos humanos, en particular, [...] es también Derecho interno una vez recibido en España mediante su publicación oficial (art. 96 CE). Es Derecho interno, sí, pero con la jerarquía que nuestro ordenamiento jurídico interno otorga a las normas internacionales en España: rango supralegal (art. 96 CE) e infraconstitucional (art. 95 CE). En consecuencia, la unidad del ordenamiento jurídico exige que la aproximación desde el Derecho interno a cualquier problema objeto de regulación por el Derecho internacional (o por el Derecho interno) sea una aproximación que tenga en cuenta las relaciones entre sistemas. Por tanto, el tratamiento —para ser adecuado— debe ser necesariamente global e interdisciplinar. De ahí que el jurista interno no pueda abordarlo correctamente si prescinde de la dimensión internacional presente en la norma internacional y de las obligaciones que de ella se derivan para centrarse exclusivamente —y excluyentemente— en el ordenamiento interno»²⁹.

De este modo, y si damos el salto también al Derecho internacional penal, podrá dotarse de su pleno, y doble, sentido a la valoración que

²⁹ Vid. C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ «La práctica española relativa a los órganos internacionales...», *op. cit.*, p. 28.

hiciera Christian Tomuschat, es decir, que éste «encarna arquetípicamente la nueva calidad del Derecho internacional, que no se limita ya a regular los asuntos propiamente interestatales, sino que interviene profundamente en la esfera doméstica del Estado»³⁰.

III. APLICACIÓN INDIRECTA Y DIRECTA DEL DERECHO INTERNACIONAL POR EL JUEZ NACIONAL

Iniciaré este apartado con la siguiente reflexión de Kai Ambos:

«Está en la misma naturaleza de las cosas que el Derecho *internacional* no es comparable con un ordenamiento estatal *nacional* y, por este motivo, tampoco puede disponer de un monopolio de la violencia *comparable*. En lugar de discutir con los argumentos existentes de filosofía jurídica y de política jurídica internacional sobre la fundamentación del —de hecho existente— Derecho penal internacional, [...] (se) niega su existencia recurriendo a un concepto de Derecho penal eurocéntrico y fundado en el Estado nacional»³¹.

A partir de este punto, el objetivo ahora es plantear algunas cuestiones clave en torno a la aplicación del «Derecho internacional», solo o mejor en compañía de otro, del «Derecho nacional». A este respecto, y comenzando con el Derecho internacional penal en sí mismo, cuando de su aplicación se trata es común mencionar, de inicio y perspectiva normativa, bien la complementariedad como principio general de relación entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno³², bien lo que se conoce como sistema de desdoblamiento funcional en expresión de Scelle; esto es, como han explicado recientemente los profesores Soroeta Linares y Bollo Arocena:

«El ordenamiento internacional define de un modo más o menos preciso la conducta criminal generadora de la responsabilidad penal individual, pero son los ordenamientos internos de los Estados los que proporcionan

³⁰ Palabras de Tomuschat citado en G. WERLE, *Tratado de Derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 96.

³¹ Vid. K. AMBOS, *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Bogotá, 2006, p. 60.

³² Así, por ejemplo, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y P. A. SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4.^a ed., Madrid, 2008, pp. 321-322.

la sanción que cabría imponer al individuo responsable de la misma, así como la jurisdicción competente para el enjuiciamiento»³³.

Como también recuerdan estos autores, y dejando al margen ahora tanto las peculiaridades propias de los sistemas del *commom law*, la incorporación por referencia, así como algunas posibles, y discutibles, alternativas como la denominada «solución cero»³⁴, es por lo expuesto que las normas convencionales del Derecho internacional penal incluyen, invariablemente, una cláusula en la que se señala la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas³⁵ legislativas necesarias para hacer posible la represión de la conducta criminal de que se trate. Lo que en la práctica totalidad de los casos se ha traducido en un proceso de tipificación interna³⁶.

Para hacer referencia a esta realidad los anglosajones utilizan la expresión «*the domestication of international law*» (o verbalizado, «*to domesticate international law*»), cuyas resonancias en nuestra lengua siempre me parecieron especialmente estimulantes, pues parecen evocar la existencia de una suerte de Derecho internacional salvaje que requiere ser «domesticado» para poder ser aplicado adecuadamente, para poder actuar como es debido dentro del aparato jurisdiccional del Estado. Ahora bien, a partir de aquí suele ser el inmediato objeto de debate lo que con carácter general podría encuadrarse bajo el principio de legalidad penal, o si se prefiere, la discusión sobre la necesidad, el cómo y el cuándo de esta «domesticación». En este sentido, ciertamente podríamos seguir esta senda, pero ya anuncié al comienzo que no entraría, al menos de lleno, en esta cuestión. Conven-gamos, momentánea y formalmente, en que se estime más adecuada una u otra postura sobre este particular, incluso las más restrictivas podrán invo-

³³ Vid. J. SOROETA LINARES y M.^a D. BOLLO AROCENA, «La protección de la persona en el Derecho internacional», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4.^a ed., Madrid, 2011, p. 59.

³⁴ Como es sabido, a través de este sistema no se procede a recoger en el Derecho interno los tipos penales de los crímenes de Derecho internacional; llevándose a cabo su sanción, en consecuencia, aplicando a tales conductas los tipos penales ordinarios previstos en el Código Penal correspondiente.

³⁵ Sobre la importancia general de esta obligación que mayoritariamente es conocida bajo el rótulo de «adoptar medidas», baste recordar aquellas palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional: «*A State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken*». Vid. *Intercambio de poblaciones griegas y turcas*, opinión consultiva, PCIJ, Series B, núm. 10, p. 20.

³⁶ J. SOROETA LINARES y M.^a D. BOLLO AROCENA, «La protección de la persona...», *op. cit.*, p. 58.

car el amparo del art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —descartando su segundo apartado— y/o del art. 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁷ —debiendo volver a desechar el segundo apartado de esta disposición—.

De hecho, tampoco nada quiero decir ahora sobre la labor del Estado en este punto, que en muchas ocasiones, y por mucho que tan voluntaria como jurídicamente se haya comprometido a «adoptar esas medidas», es más que decepcionante, por acción (piénsese, por ejemplo, en la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional) o por omisión (menciónese de nuevo, en relación a España, el caso del crimen de desaparición forzada de personas). Demos por bueno que la debida tipificación se ha realizado satisfactoriamente y pasemos, pues, a lo que se ha calificado como la «aplicación indirecta» del Derecho internacional penal; esto es, la aplicación de esta normativa por parte de los tribunales internos. La cuestión sobre la que quiero esbozar algunas ideas finales es: la aplicación, pero ¿de qué normativa?

La respuesta intuitiva del operador interno de la jurisdicción penal tiendo a pensar que será, sin descender ahora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acudir, por ejemplo, a los arts. 9.3 o 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y contestar que evidentemente la normativa penal; que al fin y a la postre se traducirá en lo sustantivo en el Código Penal. En otras palabras, si el crimen de Derecho internacional que fuere no se encontrara recogido en el Código Penal, vuelta atrás y a discutir sobre el principio de legalidad penal; si estuviera (adecuadamente) incluido, el juez o jueza aplicará lo dispuesto en el Código Penal, si se prefiere aplicará así «indirectamente» el Derecho internacional penal, y cumplirá a plena satisfacción su labor y cometido. Cabrá matizar en este punto que doy por supuesto que el titular del órgano jurisdiccional no olvidará, cuando realice tal aplicación e interpretación, la procedencia y naturaleza de aquello que, en este punto, se encuentra recogido en el Código Penal, pues como bien apunta Gerhard Werle:

«A pesar de que las normas de Derecho penal internacional que se incluyen en la legislación interna formen parte de la ley interna, su sustancia y origen se encuentran en el Derecho internacional [...] los méto-

³⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en BOE de 10 de octubre de 1979.

dos tradicionales de interpretación también requieren que se acuda al [...] Derecho internacional [...] para interpretar la legislación incorporada al Derecho interno. En definitiva, es necesario llevar a cabo una interpretación de la legislación de implementación que sea conforme al Derecho penal internacional. Los tribunales internos deben tener en cuenta las «normas madre» del Derecho internacional y cuando sea oportuno también la jurisprudencia de los tribunales extranjeros»³⁸.

Con lo dicho resultaría ocioso destacar, pues, la pertinencia de atender en esta labor interpretativa, si estas «normas madre» son convencionales, a las reglas previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁹, que entre otras cosas también es, obvia decirlo, Derecho interno español; como por lo demás, ha tenido que recordar en más de una ocasión el Tribunal Constitucional⁴⁰. Aunque sí haré notar que en este aspecto de la interpretación, la experiencia parece demostrar que el juez penal español lo que tiende es a recurrir al Derecho internacional como medio o cauce de interpretación del Derecho interno que, a la postre, sostiene que aplica. En otros términos, los de Amnistía Internacional, que «los Tribunales de justicia españoles [...] suele(n) acudir al Derecho internacional sólo como fuente de interpretación del Derecho interno»⁴¹.

Con todo, en lo que aquí ocupa quedémonos con la última mención de la cita del profesor Werle, pues parcialmente dará paso a lo que bajo llamativo nombre se ha terminado por conocer como «fertilización cruzada». Ciertamente, si debiéramos referirnos no a las decisiones de los «tribunales extranjeros», sino a la labor de las instancias internacionales, la calificación suele ser «fertilización cruzada vertical»⁴²; mas, sea con un rótulo u otro, traeré precisamente a escena a uno de estos órganos (cuasijudiciales)

³⁸ Vid. G. WERLE, *Tratado de Derecho penal internacional*, op. cit., p. 222.

³⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, en BOE de 13 de junio de 1980.

⁴⁰ Vid., por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995, de 28 de septiembre, p. 7.

⁴¹ Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, «España: la obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la guerra civil y el franquismo», noviembre de 2008, Índice AI: EUR410008-20809, p. 17, nota 42.

⁴² Aunque enmarcado en otro concepto, a este respecto, y en vía doble de relación entre los órganos internos y los internacionales, es muy ilustrativa la lectura de D. GARCÍA SAYÁN, «Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos», en VVAA, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, 2005, pp. 323-384. Existe una versión electrónica disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>.

internacionales, el Comité de Derechos Humanos, que en varias ocasiones nos compartió lo que sigue:

«Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) [...], están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la *aplicabilidad directa* del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del Derecho nacional»⁴³.

Pareciera entonces que con el esquema esbozado bajo el concepto de «aplicación indirecta» no se agotan las, bien responsabilidades, bien posibilidades, del órgano jurisdiccional interno. Y así que desde esta «aplicación indirecta» haya que tomar en consideración, siguiendo las palabras del Comité, la «aplicación directa» del Derecho internacional; en este caso, del Pacto Internacional señalado. Dicho de otro modo, todo parece indicar que las obligaciones que contiene esta norma no deben ser de interés único para el siempre abstracto «Estado»; ni tan siquiera solamente para el poder ejecutivo y el legislativo, también lo son para el poder judicial. Y en este primer estadio, siendo también posible transformar lo anterior, de ser preciso, indicando que el Comité lo que nos recuerda a todos es que el poder judicial, también por supuesto los jueces de lo penal, están llamados a aplicar directamente lo que en este caso concreto está publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de abril de 1977. De hecho, de esta manera global, pero también específica, es como al fin y a la postre habría de entenderse, a mi juicio, el concepto de la «aplicación directa». Con todo, dando algún paso más podrán formularse ciertas cuestiones, algunos interrogantes, quizá más estimulantes.

Partiré como premisa de una amplia consideración que puede resumirse en la siguiente afirmación del magistrado Javier Martínez Lázaro; que por su carácter general no habría que circunscribir a España:

«Se extingue con el fallecimiento de los supuestos autores de un hecho criminal la posibilidad del Estado de actuar el *ius punendi* a la que res-

⁴³ *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, «Observación General núm. 31», adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 80.º período de sesiones, el 29 de marzo de 2004, párrafo 15 (cursiva mía). Su texto íntegro figura en NACIONES UNIDAS, «Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos», HRI/GEN/1/Rev.8, 8 de mayo de 2006, pp. 270-275.

ponde el proceso, y por ello no puede seguir adelante enjuiciamiento alguno»⁴⁴.

Lo mismo podría sostenerse respecto, por ejemplo, a la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal. Y en este punto valga reproducir un extracto de la completa exposición del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Arucas:

«Nuestra jurisprudencia ha estudiado la institución de la prescripción declarando que “las causas que justifican la existencia de prescripción [...] pueden ser conducidas al principio de necesidad de la penas que se inserta en el más amplio de intervención mínima: el derecho del Estado a penar justamente, el *ius punendi*, depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico. Y es obvio que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades (STS de 23 de noviembre de 1989)»⁴⁵.

En este Auto igualmente se mencionó el conocido y largo debate existente en torno a la naturaleza jurídica de la prescripción, con referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002. Cuestión que si debiera llevarse al Derecho internacional penal obligaría a un ejercicio analítico exhaustivo sobre los propios fines de la pena en este sector normativo; lo que inevitablemente conduciría, antes o después, al examen acerca de la general caracterización de los crímenes de Derecho internacional como imprescriptibles. Problemas generales que conviene apuntar, pero es evidente que exceden de mis posibilidades en esta oportunidad. La clave ahora es que, sea por un camino u otro, el fallecimiento del responsable y la prescripción supondrían la extinción de la «responsabilidad criminal», por utilizar las palabras del art. 130 del Código Penal. Por su parte, en la arena procesal esto nos llevaría, con carácter general, al sobreseimiento libre y consecuente archivo de las actuaciones de turno con el efecto de cosa juzgada que este instituto conlleva. Aunque, apúntese al menos, no es extraño encontrar en la experiencia española que, no obstante ser ésta la consecuencia procesal correcta, hay juzgados que acuden, impropiamen-

⁴⁴ *Vid.* voto particular concurrente que formula don Javier Martín Lázaro en el incidente de competencia del art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procedimiento 34/08, formulado en el procedimiento ordinario 53/08 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 2 de diciembre de 2008, p. 4.

⁴⁵ *Vid.* Auto de 13 de octubre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Arucas, Diligencias Previas 1511/2008, razonamiento jurídico primero.

te, al sobreseimiento provisional; quizá por el vértigo que supone afrontar un pronunciamiento (el de sobreseimiento libre) con fuerza de cosa juzgada. En cualquier caso, y a modo de síntesis, de nuevo con carácter general puede utilizarse la siguiente afirmación de Daniel R. Pastor como resumen de la idea fundamental a retener en este punto: «Ante la imposibilidad de castigar se impon(e), necesariamente, la inoperancia de investigar»⁴⁶.

Ahora, si pasamos de lo general a lo particular, de cualquier hecho criminal a hechos de desaparición forzada de personas, y se llama a escena a, de inicio, la referencia canónica en este punto, nos encontraremos con lo que sigue:

«El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance»⁴⁷.

No es preciso recordar que esa invocación al «Estado» en un ámbito como éste es una llamada, en lo inmediato, a los tribunales de justicia, y por si fuera necesario, siguiendo con la misma corte internacional, apuntaré que hace poco más de un año nos reiteraba:

«Este Tribunal ha establecido [...] que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional [...], todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin»⁴⁸.

⁴⁶ Vid. D. PASTOR, «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina», en P. D. EIROA y J. M. OTERO (coords.), *Memoria y Derecho Penal*, Buenos Aires, 2008, apartado 1.d). Tiempo de conocer para saber e informar.

⁴⁷ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia del 20 de enero de 1989, en Serie C, «Resoluciones y Sentencias», núm. 5, párrafo 191.

⁴⁸ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaí») vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Ciertamente, las desapariciones forzadas de personas son unos hechos con unas características muy específicas, que en teoría general llevarían a artículos como el 14.2 del ya citado Proyecto definitivo de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; esto es, a tener bien presente que:

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

Mas, como ya advertí, en estas cuestiones más amplias ahora no puedo entrar, con lo que valga esbozar la esencia de la desaparición forzada de personas⁴⁹ acudiendo a un comentario general del mismo año 2010 del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas:

«Las desapariciones forzadas son el prototipo de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el periodo de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. [...] Aunque una conducta viole varios derechos, incluido el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, su derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho a no ser sometida a tortura ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y viole, además, el derecho a la vida o lo ponga gravemente en peligro, el Grupo de Trabajo considera que una desaparición forzada es un acto único y consolidado y no una combinación de actos. Aun cuando varios aspectos de la violación puedan haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras partes de la violación persisten, y mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso y no deberá fragmentarse el acto»⁵⁰.

⁴⁹ Para el lector interesado en esta cuestión puede acudir a un examen general, a partir de la más reciente Convención Internacional, en J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, «La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Nunca es tarde si la dicha es buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la “Ley de Memoria Histórica”», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva Época*, núm. 7, 2008, pp. 11-55.

⁵⁰ *Vid.* Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 2010, «Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado», documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/48, párrafos 1 y 2. Existe un compendio de

A partir de aquí podrían también examinarse las consecuencias de lo anterior desde una perspectiva estrictamente penal, aunque en un escenario como el español ello quizá nos llevase unas páginas atrás, esto es, en general al ámbito de la «aplicación indirecta», y en particular, al debate en torno al principio de legalidad penal. Pero en este punto final la reflexión se dirige hacia, por acudir al mismo referente, «la obligación de seguir investigando mientras no se hayan esclarecido la suerte y el paradero de la persona desaparecida (como) consecuencia del carácter continuado de las desapariciones forzadas»⁵¹; recordando que, como se recogió *supra*, esto será así «incluso [...] en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes»⁵². Lo que por continuar con la línea que estamos siguiendo podría convertirse en que incluso en el supuesto de que desde la perspectiva penal se estimase que el crimen estuviera prescrito o sus autores hubieran fallecido; esto es, por traducirlo completamente al lenguaje de los colegas penalistas/procesalistas, incluso en el supuesto en que se estimase que no hay objeto procesal.

No se me oculta que lo recién dicho puede llevar a rebato a más de uno, pero hasta el momento no es más que el siguiente escalón que marca la lógica que estoy exponiendo y quisiera poner sobre la mesa. Obviamente, siempre queda la tangente, esto es, centrar exclusiva y excluyentemente el objetivo de la lupa en el cuestionamiento del valor (jurídico) de las mínimas menciones que acabo de realizar. A este respecto evitaré entonces cualquier referencia adicional a, por ejemplo, textos como el «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad»⁵³, o los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interpo-

los comentarios generales del Grupo de Trabajo en http://www.obchr.org/documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf.

⁵¹ Vid. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 2010, «Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas», documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/48, párrafo 4. Existe un compendio de los comentarios generales del Grupo de Trabajo en http://www.obchr.org/documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf.

⁵² Vid. nota 47.

⁵³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

ner recursos y obtener reparaciones»⁵⁴. No es, en fin, momento ni lugar para zambullirnos en las profundidades del sistema de interacción normativa del Derecho internacional de la mano de la mención, por ejemplo, que se hace en el segundo documento a que estos «Principios y directrices básicos [...] no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales»; tal y como, por lo demás, fue aprobado por consenso en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En el fondo, pienso que esto no nos llevaría al apartado anterior, sino mucho más atrás, con lo que baste afirmar que aun cuando todo lo dicho está evidentemente también vinculado con obligaciones como la contenida en el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ello no obsta para reconocer que quizá sea mejor dar paso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias parecen (ya) fuera de (casi) toda duda acerca de su valor jurídico:

«The Court would emphasise that, as found in Šilih v. Slovenia concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the Inter-American Court, and to some extent the Human Rights Committee, apply the same approach to the procedural aspect of disappearances (see paragraphs 93-107 above), examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction. [...] A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (see also the definitions of disappearance set out above in II B. International law documents on enforced disappearances). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a

⁵⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005.

continuing violation (see the fourth inter-State case, § 136). This is so, even where death may, eventually, be presumed»⁵⁵.

En consecuencia, a la vista de todo lo anterior, cuando un órgano de la jurisdicción penal recibe noticia de un hecho de esta naturaleza, cuyo carácter de hecho ilícito continuado es más que evidente, y en relación al deber de investigación se le invoca, entre otras cosas, las disposiciones que he recogido; cuando se le solicita que las *aplique directamente*, en el sentido ya indicado, procediendo pues a llevar adelante una investigación en cualquier caso; cuando, en definitiva, se solicita así que desde la perspectiva aquí escogida se ponga fin al hecho internacionalmente ilícito: ¿se le está pidiendo más de lo que debe o puede hacer?

Soy consciente de que la realidad responde a esta pregunta con un casi unánime «sí», pues la experiencia demuestra que una vez concluido, más o menos velozmente, que los hechos estarían, por poner un ejemplo, *prescritos*, se sobreesee y se pone fin a —más bien, no llega siquiera a abrirse— cualquier potencial investigación. De hecho, voces autorizadas nos comparten que desde los parámetros del Derecho penal y procesal penal, «el proceso cumple con sus fines incluso cuando declara no haber descubierto nada»⁵⁶.

Hay, no obstante, algunos pocos ejemplos en que, aun sin llegar en caso alguno a muy interesantes propuestas como la de jueza Amaya Olivas⁵⁷, al amparo de los arts. 13, 326 y ss., y 334 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la investigación en los términos señalados, muy parcialmente, pero se ha terminado produciendo; si bien, sin referencia a disposición internacional alguna, sino más bien, por ejemplo, porque el carpetazo por prescripción se había dado de una manera tan fulminante —cosa muy común, por lo demás— que se requirió al menos alguna diligencia mínima que lo justificase de alguna forma⁵⁸. Pero también es posible encon-

⁵⁵ Vid. caso *Varnava and others vs. Turkey (GC)*, *Applications nos.* 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, 18 de septiembre de 2009, párrafos 147 y 148.

⁵⁶ Vid. D. PASTOR, «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia...», *op. cit.*, apartado 2.b), nota 71.

⁵⁷ A. OLIVAS DÍAZ, «La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista», *Jueces para la Democracia*, núm. 63, 2008, pp. 86-102.

⁵⁸ Vid., por ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1, de 13 de enero de 2010, diligencias previas 281/2009. Para un relato anterior y posterior de lo sucedido en este proceso puede acudir al Informe de la Fiscalía de Burgos de 3 de febrero de 2011 al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Villarcayo, diligencias previas 281/2009.

trar muy edificantes *rara avis*, como el Auto de Obtención de Información del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Palencia de 15 de abril de 2009, que como singular excepción a la regla merece detallada cita, en tanto que su premisa fundamental es:

«El deber internacional asumido por el Estado español de localizar e identificar a los desaparecidos forzados por actuaciones gubernamentales o paragubernamentales, así como el de examinar la escena de estos crímenes, la recuperación del material probatorio y, en último caso, la identificación de los responsables, la reparación de las víctimas y la hipotética depuración de responsabilidades»⁵⁹.

Y a partir de aquí que nos indique que:

«No encontrados los cadáveres de dichas personas, el delito de desaparición forzada subsiste y no cabe hablar de prescripción, ni aplicando el ordenamiento interno al mantenerse la situación ilícita, ni por aplicación de la legalidad internacional [...], ni amparándose en la presunción de que los autores haya fallecido en su totalidad»⁶⁰.

Para concluir, tras referirse a varias disposiciones internacionales, entre ellas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y especialmente sobre la base de este último, que:

«Comprobando que la falta de investigación resulta uno de los fundamentos para la condena de los Estados por violación de la Convención (Europea de Derechos Humanos), no entiende este juez plausible otra solución que dotar a la denuncia del impulso procesal necesario para alcanzar algún resultado asumible que ponga fin a la situación de desaparición forzada denunciada»⁶¹.

De este modo, y en consecuencia, en este Auto se acordaron, entre otras, una serie de actuaciones tendentes a identificar los restos hallados, recuperarlos, informar a los familiares y reconstruir lo sucedido desde que

⁵⁹ Vid. Juzgado de Instrucción núm. 4 de Palencia, Auto de obtención de información de 13 de abril de 2009, diligencias previas 500/09, FJ 1.º, p. 1.

⁶⁰ Vid. *ibid.*, pp. 1-2.

⁶¹ Vid. *ibid.*, p. 2.

comenzó la desaparición forzada⁶². Todo ello sin perjuicio de que finalmente el caso quedase (o no) archivado.

Con todo, volviendo de la excepción a la regla, lo cierto es que abrumadora suele ser la práctica del juez penal de referir o reenviar la cuestión en este punto a lo dispuesto en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura⁶³. Sobre ella nada detallado diré en esta oportunidad⁶⁴, tan sólo recordar que esta medida se construye sobre un escenario que aparece como si de relaciones entre particulares o sujetos privados se tratase, y en el que el Estado sólo figura como coadyuvante, o en su caso, como sujeto que podrá «establecer subvenciones»⁶⁵. De hecho, y por recordar las propias palabras del Tribunal Supremo, ante lo que estamos no es otra cosa que «la mera colaboración con particulares que la Ley 52/2007 [...] estableció respecto a la contribución de los poderes públicos en la deseable reparación de las víctimas de la Guerra Civil y de la dictadura que le siguió»⁶⁶. En definitiva, pues, como certeramente se ha concluido, la realidad no es otra que «la Ley renuncia a una investigación oficial de las violaciones de derechos humanos [...], mantiene la regla [...] de la no investigación»⁶⁷.

En otros casos, méncionese al menos, la respuesta dada directamente ha navegado entre lo críptico, lo insólito y lo inaudito. Así por ejemplo, en relación con una denuncia presentada el 3 de abril de 2009, que esgrimía la figura del hecho ilícito continuado/delito permanente en relación a una persona cuyo paradero se desconocía desde 1949, se argumentó:

«No pudiendo compartirse la aseveración que en la misma denuncia se hace y en la que se califica el delito que en su caso constituirían los hechos denunciados como “permanente”. De hecho, los delitos contra la vida

⁶² Cfr. *ibid.*, pp. 4-5.

⁶³ BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

⁶⁴ Para el lector interesado en mi modesto parecer sobre esta norma puede consultarse mi trabajo más reciente publicado en el que también se valora la misma, y en el que igualmente se incluyen menciones a trabajos anteriores, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, «La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado», en S. CARULLA RIPOL y C. VILLÁN DURÁN (eds.), *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona, 2011.

⁶⁵ Cfr., a modo de ejemplo, art. 11.2 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

⁶⁶ Vid. Tribunal Supremo, Auto de 3 de febrero de 2010, causa especial 20048/2009, p. 52.

⁶⁷ Vid. A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, 2009, p. 76.

humana dependiente [...] son en realidad los únicos en los que la lesión del bien jurídico protegido es permanente e implica su destrucción [...]; y la permanencia o sus antijurídicos efectos o resultados en el tiempo, por tanto, una vez consumados, queda totalmente desconectada de la voluntad del autor de los hechos, de modo que ningún delito puede ser menos susceptible de ser calificado como “permanente” que el homicidio; dado, como decimos, que se define el delito permanente como aquél en el que “la realización de la conducta típica se prolonga en el tiempo más allá de la inicial consumación, manteniéndose por voluntad del sujeto la lesión del bien jurídico”»⁶⁸.

En otras palabras, en esta oportunidad se sostuvo que no es en el caso de una posible desaparición forzada donde tendría cabida la figura del delito permanente, sino *cuanto menos, como mínimo*, en el tipo penal del homicidio. De tal suerte que es en él en el que parece mantenerse por voluntad del sujeto la lesión del bien jurídico; aunque la cuestión inmediata es, ¿cómo cesaría entonces ese delito permanente? ¿Haciendo resucitar a la víctima de ese homicidio?

En relación con los hechos ilícitos continuados desde el enfoque de esta breve contribución, la cesación se produciría cuando el hecho dejase de cometerse; en el momento en que, en el ejemplo que estoy utilizando, se proporcione «información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida» —lo que incluye, obviamente, en caso de que se constate el fallecimiento, la exhumación, la identificación de la persona desaparecida y la restitución de sus restos—. En ese instante, además, el Estado dejaría de ver comprometida su responsabilidad internacional. La consulta no es otra entonces que ésta: ¿realmente no hay margen ni herramienta alguna en el Derecho interno-internacional a disposición del juez nacional para llevar a cabo esa *investigación*? ¿Resulta, a pesar de todo lo dicho en las páginas precedentes, prácticamente imposible por imperativos como, por ir a lo específico, una lectura absolutamente aislada de cualquier otra disposición interna-internacional de textos como el art. 299 de la Ley Enjuiciamiento Criminal? Reitero, existen ejemplos de que esto no es ni debe ser así, pero la inmensa mayoría de la experiencia judicial cercana indica que la respuesta es que sí, que es imposible; aunque, a mi humilde entender, sin haber entrado en profundidad en la serie de cuestiones que he tratado de plantear. Con lo que, en definitiva, con-

⁶⁸ *Vid.* Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Peñarroya-Pueblonuevo, Auto de 13 de abril de 2009, diligencias previas 284/2009, p. 2.

denaré todo lo anterior en lo que creo que es un interesante objeto de reflexión y discusión para el jurista interno y el internacionalista, y que como tal debería ser abordado en detalle cuanto antes mejor: ¿por qué es, en fin, prácticamente imposible?

Aclarar finalmente que gran parte de los interrogantes que estoy poniendo sobre la mesa de trabajo también pueden ser adecuadamente planteados a partir de otras premisas, como son, no cabe duda, los derechos de las víctimas de este tipo de hechos⁶⁹. En este sentido, el lector atento habrá comprobado que en la primera cita que se realizó de la Corte Interamericana, este tribunal se refería a ellos. No obstante, en esta oportunidad yo he optado por una perspectiva distinta, aunque sí apuntaré al menos que si la problemática sobre la que estamos reflexionando se orientase a partir del «derecho a conocer» o el «derecho a la verdad» de las víctimas es probable que el debate nos llevase, en cierto modo, hacia iniciativas como los conocidos como «juicios de la verdad» o «juicios por la verdad»⁷⁰. Si bien, la sobresaliente creación pretoriana de los mismos en la experiencia argentina, así como el sustento formal en la Solución Amistosa acordada en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷¹ entre Argentina y los peticionarios del caso 12.059 (Carmen Aguiar de Lapacó)⁷², alejan, hasta la fecha, aquellas iniciativas de un escenario como el de España.

⁶⁹ Como es sabido, desde la perspectiva del Derecho internacional se ha de entender por víctima a la persona desaparecida y a toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

⁷⁰ En lo más reciente y para un primera aproximación a los mismos, en la que también se presentan algunas consideraciones respecto a España, puede acudirse a E. MACULÁN, «Los “juicios por la verdad” argentinos: ¿un laboratorio para la justicia penal internacional?», en M. REQUENA Y DíEZ DE REVENGA (coord.), *Luces y sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*, vol. 1, Madrid, 2010, pp. 263-280. En la misma línea, y mayor detalle, E. MACULÁN, «Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: L'esperienza dei “Guidizi per la Verità”», *L'indice Penale*, nuova serie, anno XIII, núm. 1, 2010, pp. 331-370. Para una visión exhaustiva y muy crítica, D. PASTOR, «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia...», *op. cit.*; del mismo autor y más cercano en el tiempo, «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 22, 2010, pp. 1-48.

⁷¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, «Informe núm. 21/00, Carmen Aguiar de Lapacó, Argentina, caso 12.059», de 29 de febrero de 2000.

⁷² En concreto: «1. *Derecho a la verdad*. El gobierno argentino acepta y garantiza el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas. Es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible. Particularmente acuerdan este derecho en relación a la desaparición de Alejandra Lapacó. 2. *Competencia exclusiva a las Cámaras Federales*. El gobierno argentino ges-

IV. PALABRAS FINALES

Termino rescatando una de las citas que reproduce al comienzo; esto es: «La posición del juez nacional siempre ha sido única en la medida en que representa a un órgano principal del Estado que tiene capacidad para operar directamente con el Derecho internacional»⁷³. Llegados a este punto, tras todo lo visto es posible completar estas palabras con otra consideración de los mismos autores, más amplia pero perfectamente aplicable a lo que nos ha ocupado. Así, podría señalarse que quizá lo que he tratado de exponer pueda ser entendido como la formulación de un dilema al que se ha de enfrentar el juez nacional del orden penal, en tanto que:

«Según el ordenamiento jurídico del Estado que reconoce su autoridad están en la obligación de aplicar sus normas, pero hacerlo puede generar la responsabilidad del mismo Estado cuando dichas normas sean incompatibles con el Derecho internacional o impidan una actuación de conformidad con ese Derecho»⁷⁴.

Si éste fuera el caso, creo que es un dilema de un interés no menor, desde luego, y sobre el que, como he intentado, convendría poner sobre la mesa todos nuestros argumentos y reflexionar despacio sobre ellos. Pues sería lamentable, para todos, que al final deba ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que haya de aclarar este «dilema»; como, por lo demás, todo parece indicar que puede acabar ocurriendo. Y más que lamentable aun si la respuesta que ofreciera este Tribunal no sea otra que, por recordar las palabras del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Palencia, «que la falta de investigación resulta uno de los fundamentos para la con-

tionará la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas con anterioridad al 10 de diciembre de 1983, con la única excepción de las causas por secuestro de menores y sustracción de identidad que continuarán según su estado. 3. *Fiscales especiales coadyuvantes*. El gobierno argentino gestionará ante el Ministerio Público Fiscal para que destine un cuerpo de fiscales *ad hoc* —por lo menos dos— para que actúen en forma coadyuvante sin desplazar a los naturales en todas las causas de averiguación de verdad y destino final de personas desaparecidas, a fin de que se alcance una especialización en la búsqueda e interpretación de datos y una mejor centralización y circulación de información entre las causas dispersas». *Vid. ibid.*, párrafo 17.

⁷³ *Vid.* C. CARRILLO SANTARELLI y C. ESPÓSITO, «Los jueces nacionales como garantes...», *op. cit.*, p. 52.

⁷⁴ *Vid. ibid.*, p. 54.

dena de los Estados por violación de la Convención (Europea de Derechos Humanos)»⁷⁵.

Concluyo: decía la profesora Bollo Arocena examinando un ámbito más general que:

«El problema no es tanto que el ordenamiento internacional disponga de instrumentos limitados de acción frente a los Estados que violan los derechos humanos, que también, como el hecho de que los Estados no utilizan por temor o por dejación políticamente interesada los mecanismos que tienen a su disposición»⁷⁶.

En caso alguno quiero ni debo pensar que pudieran ser el temor o las dejaciones políticas interesadas los motivos que llevan o pueden llevar a que nuestros jueces de lo penal no utilicen, en mayor grado y de manera directa, esos instrumentos, normas o disposiciones de origen internacional, pero de naturaleza también interna o estatal. La realidad es, en general, la que he tratado de exponer a través del ejemplo particular que he escogido en este trabajo, y la consulta final entonces que yo plantearía es sencillamente: ¿cuáles son pues esos motivos?

⁷⁵ Vid. Juzgado de Instrucción núm. 4 de Palencia, Auto de obtención de información de 13 de abril de 2009, diligencias previas 500/09, FJ 1.º, p. 1.

⁷⁶ Vid. M.ª D. BOLLO AROCENA, «La impunidad de los Estados frente a las violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Algunas reflexiones al hilo de los ataques israelíes contra la franja de Gaza (diciembre de 2008-enero de 2009)», en J. SOROETA LICERAS (ed.), *Los derechos humanos frente a la impunidad. Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. X, Bilbao, 2009, p. 64.