

XIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

17/06/2011

FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**PONENCIA: LA IMPUNIDAD COMO PRÁCTICA INTERPRETATIVA:
SOBRE EL DESPRECIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL POR EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

**LA IMPUNIDAD COMO PRÁCTICA INTERPRETATIVA:
SOBRE EL DESPRECIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL POR EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS¹**

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón, Universidad de Oviedo

1. El presente trabajo pretende apuntar a uno de los mecanismos principales a través de los que las políticas de impunidad de las violaciones de derechos humanos (políticas que, evidentemente, tienen su origen fuera del ámbito del Derecho, en fenómenos políticos de poder: perpetradores con poder suficiente como para lograr ampararse detrás del aparato estatal, que les protege frente a la responsabilidad que deberían afrontar) se convierten en prácticas oficiales del Estado español. Y, en concreto, en una praxis judicial de impunidad: en una praxis que impide que se hagan efectivas las responsabilidades penales que, conforme al Derecho positivo español, deberían ser derivadas, de los comportamientos (activos y omisivos) de abuso en contra de los derechos humanos.

Dicho mecanismo es, por supuesto, el del tratamiento diferenciado y discriminatorio del Derecho Internacional de los derechos humanos, en comparación con otros sectores del Derecho Internacional. En efecto, a través de lo que no puede ser calificado justamente de otro modo que como un palmario desprecio hacia el Derecho Internacional de los derechos humanos como fuente del Ordenamiento jurídico español, la justicia penal española –con todas las honrosas excepciones que se quiera– procede habitualmente a interpretar los tipos penales de nuestro Derecho positivo en un sentido que acaba por garantizar, de forma generalizada, esa impunidad buscada. Y ello, aun cuando para ello resulte imprescindible hacer caso omiso tanto de la teoría asentada acerca de las fuentes del Derecho, como de la metodología generalmente reivindicada para interpretar correctamente las leyes (y las leyes penales).

¹ Abreviaturas utilizadas: CAT = Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; CDF = Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; CE = Constitución española; CP = Código Penal; DUDH = Declaración Universal de Derechos Humanos; PIDCP = Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; PIDESC = Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. En efecto, de acuerdo con la teoría estándar acerca de las fuentes del Derecho español, los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado español conforme al procedimiento constitucionalmente establecido se incorporan como normas propias del Ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto por el art. 96.1 CE. Más aún, se suele entender que se trata de normas con rango de ley. O, incluso (aunque ello pueda resultar discutible), que poseen un rango superior a la ley, en la medida en que éstas, en principio, no tienen capacidad para derogar el contenido normativo de los tratados.

De cualquier forma, en general, suele aceptarse que:

1º) Un tratado internacional puede tener efectos derogatorios sobre una ley (y, *a fortiori*, sobre reglamentos) anteriores a la ratificación del tratado por parte del Estado español.

2º) Un tratado internacional firmado y ratificado por el Estado español (y, por lo tanto, a tenor del art. 96.1 CE, incorporado ya como norma jurídica propia del Ordenamiento español) puede y debe formar parte del conjunto de normas jurídicas que son tomadas en consideración en la interpretación sistemática de una ley cualquiera.

Aunque, por supuesto, tales funciones derogatorias e interpretativas de los tratados internacionales tienen por límite el contenido de las normas de rango constitucional: ningún tratado internacional puede derogar disposiciones constitucionales (art. 95.1 CE); ni tampoco –hay que entender- puede ocurrir que lo dispuesto en algún tratado internacional dé base para hacer alguna interpretación de una ley que contradiga cualquier norma constitucional.

3. Y, sin embargo, a pesar de lo anterior, lo cierto es que la incidencia efectiva del Derecho Internacional (y, especialmente, del Derecho Internacional de los derechos humanos) sobre la interpretación de los tipos penales se revela, en la práctica, extremadamente escasa. Ello es particularmente cierto –como veremos luego- para aquellos contenidos del Derecho Internacional de los derechos humanos que no se superponen con los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Pero también ocurre incluso cuando dicha superposición existe.

Así, cuando existe la superposición señalada (por ejemplo: entre la prohibición de la tortura establecida por el art. 15 CE y las correspondientes del art. 5 DUDH y del art. 7 PIDCP), la técnica interpretativa habitualmente utilizada, para integrar el contenido del

Derecho Internacional de los derechos humanos en la interpretación penal, consiste en hacer uso de lo dispuesto por el art. 10.2 CE (valor del Derecho Internacional de los derechos humanos para la interpretación del Título I): se interpreta –por ejemplo- el art. 15 CE a la luz de los preceptos mencionados del Derecho Internacional de los derechos humanos; y, a su vez, se interpreta el tipo penal contenido en el art. 174 CP (delito de tortura) a la luz de la interpretación obtenida del art. 15 CE.

Con todo, lo cierto es que incluso en estos supuestos de superposición (los más favorables, en principio, a la reconocer la incidencia del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre la interpretación penal) suelen existir notorias lagunas de aplicación del Derecho Internacional. Así, aunque se reconoce –y no podía ser de otra modo, dada la dicción literal del art. 10.2 CE- la incidencia directa del Derecho Internacional sobre la interpretación de las disposiciones del Título I de la Constitución (o, cuando menos, de su Capítulo II), sin embargo, se niega, de hecho, que tal incidencia pueda producirse directamente también sobre la interpretación de los tipos penales. Con lo que, en realidad, este proceso de interpretación en dos pasos (primero, el tratado internacional influye sobre la interpretación de la norma constitucional y, luego, esta última lo hace sobre la del tipo penal) sirve sobre todo para volver prácticamente inútil –en contra de lo que la teoría de las fuentes del Derecho antes expuesta exigiría- la incidencia del Derecho Internacional en el ámbito penal.

Veámoslo con un ejemplo. La Sentencia 107/2002, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid resolvía un caso en el que una persona sorprendida orinando en la calle fue abordada por varios agentes de la policía municipal, golpeada, inmovilizada, metida en un vehículo policial, vuelta a golpear en cabeza y cuerpo reiteradamente durante un buen rato, además de ser amenazada con un arma de fuego, que le fue colocada en la sien, asegurándole que le iban a matar. El individuo en cuestión, a resultas del comportamiento de los policías, sufrió diversas heridas, una desviación cervical y estrés postraumático, precisado de atención psiquiátrica. El tribunal, sin embargo, rechaza calificar los hechos reseñados como delito de tortura (subsumiéndolos en el art. 175 CP, en vez de en el art. 174), argumentando para ello que el tenor literal del art. 174 CP exige someter a la víctima a “condiciones” o a “procedimientos” que supongan sufrimiento y que el comportamiento de los policías imputados en este caso no reuniría tales requisitos. Es decir, interpreta que sólo puede existir delito de tortura

cuando exista un cierto nivel de organización y de premeditación en los tratos crueles, inhumanos y degradantes aplicados por los agentes del Estado, y no en otro caso. Sin embargo, parece obvio que tal interpretación restrictiva no viene obligada por la dicción del tenor literal del tipo, puesto que los términos “*condiciones*” y “*procedimientos*” pueden ser interpretados en un sentido mucho más neutro: como simple referencia a la situación en la que se coloca a la víctima, y no al nivel de organización o de premeditación de los autores.

Así, si la interpretación restrictiva mencionada no viene exigida por el respeto al principio de legalidad penal, entonces sólo cabe deducir que obedece a razones valorativas. (O, claro está, a intereses espurios... No obstante, no consideraré aquí este argumento *ad hominem*, no porque no sea relevante –que lo es, y mucho- para comprender la tolerancia de la justicia española con la tortura policial, sino porque nos alejaría de la cuestión que ha de ocuparnos: comprender las trampas de la argumentación judicial en la materia.). Pero ocurre que, precisamente, tales razones valorativas resultan inaceptables, desde una concepción de la interpretación del Derecho Penal que esté atenta a las exigencias del Derecho Internacional de los derechos humanos. En efecto, si, más allá de lo genéricamente dispuesto en el art. 15 CE, damos por propia del Ordenamiento jurídico español la definición de tortura contenida en el art. 1.1 CAT, observaremos que en la misma no existe ningún requisito que haga referencia al carácter organizado o premeditado de los actos de causación de sufrimiento realizados por los agentes estatales. De este modo, parece claro que la interpretación del tipo penal de tortura del art. 174 CP por parte de la Audiencia Provincial de Madrid ha sido particularmente poco atenta a las exigencias de una interpretación sistemática y valorativamente coherente del mismo; y ello, por resultar bastante poco respetuosa con la vigencia del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Ordenamiento jurídico español. Lo que, en último extremo, constituiría uno de los casos en los que el Estado español, mediante este género de interpretaciones, no está respetando suficientemente su obligación de impedir los actos de tortura (art. 2.1 CAT): tal es precisamente la interpretación que a tal obligación da el Comité contra la Tortura cuando afirma que “*el Comité pide que cada Estado Parte procure que todos los poderes que lo conforman se atengan a la definición establecida en la Convención a los efectos de determinar las obligaciones del Estado*” (Observación General Nº 2 del Comité, aptdo. 9).

4. Un segundo grupo de casos problemáticos, en lo que se refiere a la relación entre Derecho Internacional de los derechos humanos e interpretación de los tipos penales, es el constituido por aquellos supuestos en los que no existe una superposición completa entre los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (que, a su vez, fundamentan los bienes jurídico-penalmente protegidos) y el contenido propio de los derechos consagrados en los tratados internacionales; aunque tampoco existe en principio una contradicción abierta entre los fundamentos valorativos de los unos y de los otros, sino que ocurre tan sólo (¡tan sólo!) que el Derecho Internacional de los derechos humanos va más lejos, en cuanto al alcance de los derechos que reconoce, que lo que hace explícitamente el texto constitucional español. Así, por ejemplo, el contenido del art. 43 CE, en relación con el derecho a la salud, resulta notoriamente más restrictivo que lo dispuesto sobre el mismo asunto por el art. 12 PIDESC: por una parte, porque, a tenor de lo establecido en el art. 53.3 CE, no se reconoce –al menos, no explícitamente- como un verdadero derecho subjetivo, justiciable; y, además, porque el art. 12 PIDESC establece expresamente que, entre otros aspectos, la higiene y la seguridad en el trabajo forman parte de dicho derecho a la salud.

A partir de lo anterior, atendiendo, por una parte, a las pautas usuales de interpretación, sistemática y valorativa, de las normas jurídicas (y, en concreto, a lo dispuesto en el art. 10.2 CE) y, por otra parte, a la consagrada interpretación del PIDESC que establece –ya hoy sin ningún género de dudas- que los derechos reconocidos en dicho cuerpo normativo imponen a los estados signatarios exactamente las mismas obligaciones (de respetar, de proteger y de hacer efectivos: Comentario General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que cualquier otro derecho humano internacionalmente reconocido, habría que concluir que el contenido inicialmente previsto en el art. 43 CE ha de ser completado por el contenido del art. 12 PIDESC, y por la interpretación que ha sido otorgada al mismo por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, este Comité (en su Observación General N° 14, aptdo. 15) ha establecido que la protección de la seguridad e higiene en el trabajo forman parte del derecho a la salud, en tanto que derecho humano. Con lo que todas las medidas de protección de la seguridad y la higiene en el trabajo han de ser conectadas, de uno u otro modo, con el derecho a la salud, e interpretadas bajo su luz. Y, además, deberán serlo también desde la perspectiva de la interdicción de cualquier

discriminación en el acceso efectivo a tales medidas, por parte de todos los trabajadores y trabajadoras, cualquiera que sea su situación.

No es así, sin embargo, como actúa la jurisprudencia penal española, cuando ha de interpretar los tipos penales relevantes a estos efectos. Consideraremos, por ejemplo, la Sentencia 1638/2002, de 11 de diciembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En ella, se sustancia un recurso de casación en contra de una sentencia de instancia que había absuelto al acusado (un empresario) de –entre otros- un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 CP; y se confirma dicha resolución. La cuestión, no obstante, que ha de ocuparnos aquí es tan sólo la relativa a la interpretación que el tribunal da a la modalidad típica “*emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”. En efecto, de acuerdo con la interpretación judicial de tal conducta típica, no es suficiente con que el trabajador se vea discriminado (como muy probablemente era el caso, al tratarse de una persona sin permiso de trabajo) en lo que se refiere a sus posibilidades reales de acceder a aquellas medidas de protección de su salud que tienen que ver con las condiciones de trabajo. Por el contrario, el tribunal entiende que únicamente podría haber habido responsabilidad por el delito del art. 312.2 CP en el caso de que se hubiera demostrado que el empleador había incurrido en una imprudencia a la que le resultase imputable objetivamente la muerte del trabajador. Pero no en otro caso. Es decir, no si el empleador no cumplió sus obligaciones de protección en relación con la salud del trabajador (por ejemplo: porque, al tratarse de un trabajador sin permiso de trabajo, le discriminó, adoptando menos medidas de protección en relación con su salud que las que habría adoptado en relación con otros trabajadores), pero ello no constituyó una negligencia suficientemente grave, o a la misma no le fue imputable el resultado de muerte. (Afirma explícitamente la sentencia: “*Existe una negligencia situada extramuros del ámbito penal, cuya exigencia deberá en su caso ser exigible ante los Tribunales del orden civil*”.)

De este modo, de nuevo, la interpretación jurisprudencial, restrictiva, de un tipo penal acaba por producir el efecto de desproteger un derecho humano. Es decir, la jurisprudencia se está negando así a reconocer todo el alcance que el contenido del derecho, fijado en el tratado internacional firmado y ratificado por España (y por su

interpretación por los organismos internacionales competentes para ello) debería poseer, para cualquier persona sujeta a la potestad del Estado español, también desde el punto de vista del Derecho Penal. Y, de nuevo, el Estado español incumple por esta vía sus obligaciones de proteger y de hacer efectivamente accesible, sin discriminación alguna, un derecho humano: aquí, el derecho a la salud (en su vertiente de protección de la salud laboral).

5. Por fin, el caso más conflictivo (expresado con mayor propiedad: el caso más abiertamente conflictivo) en la relación entre Derecho Internacional de los derechos humanos e interpretación jurídico-penal es aquél en el que existe una efectiva contradicción entre el contenido directivo de aquél y el de las leyes penales de Derecho interno que han de ser interpretadas; cuando, además, no existe superposición –al menos, no total- entre el Derecho Internacional de los derechos humanos, interpretado por los organismos internacionales competentes, y los derechos fundamentales reconocidos explícitamente por la Constitución (tal y como vienen siendo interpretados por el Tribunal Constitucional).

Por supuesto, en principio el conflicto debería tener una solución clara: no sólo por razones políticas (España presume de ser un “*Estado democrático de Derecho*”, que tendría en el respeto a los derechos humanos una de sus justificaciones morales más esenciales), siempre susceptibles de ser derrotadas, al fin y al cabo; sino también por razones propiamente jurídicas. Y es que, en efecto, de acuerdo con la teoría estándar de las fuentes del Derecho expuesta más arriba, el contenido del Derecho Internacional de los derechos humanos debería tener, en el Ordenamiento jurídico español, la consideración de normas de rango, cuando menos, cuasi-constitucional, si no –por lo dispuesto en el art. 10.2 CE- plenamente constitucional. De manera que el potencial conflicto debería resolverse siempre en favor del Derecho Internacional: esto es, en favor del efecto derogatorio del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre las leyes penales que lo contradigan; o, en los caso menos extremos, de la interpretación de los tipos penales a la luz de lo dispuesto en (y de los valores subyacentes a) las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, no es esto lo que habitualmente ocurre. Antes al contrario, lo usual es más bien la absoluta primacía del Derecho interno. Y, consiguientemente, en caso de conflicto, una completa desatención a lo dispuesto por el Derecho Internacional de los derechos humanos. Veámoslo, en varios grupos de supuestos diferenciados:

5.1. En primer lugar, hay ocasiones en las que la toma en consideración del Derecho Internacional de los derechos humanos debería conducir a una interpretación extensiva de los tipos penales, por resultar la más adecuada con el fundamento valorativo de aquél y, consiguientemente, la mejor, desde el punto de vista valorativo y teleológico (y sistemático). Así ocurre, por ejemplo, en el caso de las desapariciones forzadas. En efecto, sólo desde una ceguera selectiva hacia una parte de las normas de nuestro ordenamiento jurídico (disfrazada, sin embargo, bajo los respetables ropajes del positivismo jurídico) se puede entender que se afirme tajantemente, por ejemplo, que el delito de detenciones ilegales (arts. 163, 165, 166 y 167 CP) nada tiene que ver con la conducta de “desaparición forzada” definida en el art. 2 CDF. Pues parece evidente que, a día de hoy, y en tanto no se produzca la deseable reforma legislativa que incorpore un tipo penal más específico, los tipos del Código Penal antes citados deberán (tanto por razones de orden sistemático como de índole valorativa) ser interpretados también a la luz del precepto de la Convención acabado de mencionar (como consecuencia de lo dispuesto en el art. 4 CDF). De este modo, todas las “desapariciones forzadas” (que no resulten subsumibles en el art. 607 bis.2,6º, como delitos de lesa humanidad) habrán de ser reconducidas, hoy, a los tipos penales de las detenciones ilegales.

Es cierto, no obstante, que la vigencia de los principios de legalidad penal obliga a hacer matizaciones. En este sentido, un examen comparado entre los preceptos penales mencionados y la definición de “desaparición forzada” contenida en el art. 2 CDF pone de manifiesto que tan sólo hay un caso claramente abarcado por esta y que nunca podría quedar cubierto por aquellos sin hacer analogía *in malam partem*: me refiero al caso en el que una detención haya sido legal y posteriormente se oculte dicha detención y el paradero de la persona detenida. Sin embargo, dejando a un lado este supuesto, todos los demás, esto es, aquellos en los que la privación de libertad haya sido ilegal *ab initio*, o en los que la misma haya devenido tal, podrán ser subsumidos en el tipo cualificado de detención ilegal señalado. Así pues, no es en absoluto claro, como se pretende, que nos hallemos ante dos clases dispares de conductas (y una de ellas, penalmente atípica). Antes al contrario, como he intentado demostrar, el tenor literal de los tipos penales (único límite que el principio de legalidad penal impone) admite, y las razones sistemáticas y valorativas imponen, una interpretación del Derecho Penal que castigue las “desapariciones forzadas” a través del Derecho ya vigente. Conclusión a la que, es obvio, no cabe oponer como argumento el de que los bienes jurídicos protegidos sean

diferentes. Puesto que tal argumento es uno de política criminal, que no puede resultar concluyente, por lo tanto; especialmente cuando, como es el caso, se sustenta en un planteamiento político-criminal hartamente cuestionable desde el punto de vista moral.

No existe, pues, aplicación del Derecho contraria al principio de legalidad penal cuando, con respeto exquisito a los límites impuestos por el tenor literal de los tipos (pero únicamente a estos), se interpretan los mismos, en virtud de hondas razones valorativas (y sistemáticas), conforme a la política criminal inspirada por el Derecho Internacional de los derechos humanos. Y cuando, así, se subsumen –con los límites apuntados– conductas de “desaparición forzada” en los tipos penales (en los cualificados, especialmente) de detención ilegal.

Y, sin embargo, como es sabido, no es esta la interpretación que nuestra jurisprudencia está dando en la materia: en efecto, el Auto de 3 de febrero de 2010 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (“caso Garzón”) afirma tajantemente que *“la transmutación del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero en el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad (...) es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual”*. Como se ha intentado demostrar, ello no puede ser afirmado si no se hace caso omiso, en la praxis interpretativa, de todo el Derecho Internacional de los derechos humanos. Incumpliendo con ello de un modo flagrante la obligación establecida por el art. 4 CDF, que establece que *“cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal”*.

5.2. Hay otras ocasiones, en segundo lugar, en las que el influjo del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre la interpretación de los tipos penales debería operar en sentido contrario: en sentido restrictivo, para preservar el contenido esencial de los derechos humanos afectados por las prohibiciones penales. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los delitos de terrorismo. En este ámbito, en efecto, el Comité de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto, en sus Observaciones Finales al Quinto Informe Periódico sometido por España al Comité, que *“el Comité expresa su preocupación por el alcance potencialmente excesivo de las definiciones de terrorismo en el derecho interno, en particular las que figuran en los artículos 572 a 580 del Código Penal español, que podrían dar lugar a la violación de varios derechos enunciados en el Pacto. El Estado parte debería dar una definición restrictiva al terrorismo y hacer de modo que sus medidas contra el terrorismo sean plenamente*

compatibles con el Pacto. En particular, el Estado parte debería prever la modificación de los artículos 572 a 580 del Código Penal para limitar su aplicación a las infracciones que revistan indiscutiblemente un carácter terrorista y merezcan que se las trate en consecuencia”; e igualmente, que “el Comité toma nota de las informaciones según las cuales las acciones judiciales ante la Audiencia Nacional por delitos de asociación o colaboración con grupos terroristas podrían restringir de modo injustificado la libertad de expresión y de asociación (art. 19). El Estado parte debería velar por que cualquier restricción de la libertad de expresión y asociación sea necesaria, proporcional y justificada, de conformidad con los artículos 19, párrafo 3, y 22 del Pacto”. En idéntico sentido se ha pronunciado también el Relator Especial sobre la promoción y protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.

Todos estos pronunciamientos, inequívocos, parece que deberían incentivar cuando menos (además de la obligación del Estado español de abordar reformas legislativas de la legislación antiterrorista, en un sentido restrictivo –precisamente, la dirección contraria a la efectivamente transitada, en la reforma del CP de 2010) una praxis interpretativa de los tribunales penales, en materia de delitos de terrorismo, que intentase dar satisfacción al respeto al contenido esencial de –en particular- las libertades de asociación y de pensamiento y expresión (tal y como son interpretadas por el Comité de Derechos Humanos). Sin embargo, es sabido que no es esta generalmente la tendencia de nuestros tribunales penales (de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional -es cierto que con algunos matices, introducidos por el Tribunal Supremo y, más raramente, por el Tribunal Constitucional): antes al contrario, se ha impuesto en la aplicación judicial del Derecho una interpretación de los delitos de integración y de colaboración en banda armada, así como del delito de enaltecimiento del terrorismo, que van, precisamente, en sentido contrario, a extender hasta extremos completamente incompatibles con el contenido esencial de los derechos humanos mencionados, el alcance de la tipicidad de dichos delitos.

Pueden verse, en este sentido, en relación con la libertad de pensamiento y expresión, por ejemplo, la Sentencia 149/2007, de 26 de febrero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (“caso De Juana Chaos”), que interpreta de forma notablemente extensiva el tipo penal del art. 578 CP: según esta resolución, cualquier argumentación

que discrepe de la oficial del Estado español acerca de la naturaleza moral y política de un conflicto armado existente entre aquél y un grupo armado cualquiera constituiría siempre una conducta típica de enaltecimiento. Pero, aunque evidentemente tal interpretación resulta posible desde el punto de vista lingüístico (en la medida en que el término “*justificación*” empleado por el legislador podría entenderse así), sin embargo, ello no es necesario. Y, de nuevo, existen razones valorativas muy relevantes para no hacer tal interpretación. Razones de diversa índole, pero, entre otras, también deberían contar, y mucho, las relativas a la preservación del derecho humano a la libertad de expresión del art. 19 PIDCP que, a tenor de la interpretación del Comité de Derechos Humanos, posee un alcance mayor que el explícitamente reconocido por el art. 20 CE (al menos, tal y como está siendo interpretado por el Tribunal Constitucional español), que no permitiría tamañas restricciones. Por lo que una interpretación más restrictiva del tipo (por ejemplo: exigiendo una conexión de lesividad más intensa con la protección de los bienes jurídicos individuales o con la seguridad del Estado) sería no sólo posible, sino necesaria.

En relación con la libertad de asociación (art. 22 PIDCP), la acogida de la doctrina de la existencia de “frentes” de los grupos armados (no implicados en actividades que por sí mismas revistan carácter delictivo), que se plasmarían en asociaciones en principio legales, ha llevado a la justicia penal española a cercenar gravísima la libertad de asociación, al subsumir como delito de integración en banda armada (art. 571.2 CP) las actuaciones de aquellas asociaciones que actúen de acuerdo con las directrices del grupo armado... o, a veces, simplemente de acuerdo con sus objetivos políticos. Puede verse, en este sentido, por ejemplo, la Sentencia 480/2009, de 22 de mayo, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (“caso EKIN”), aunque hay muchas otras que siguen una línea de interpretación similar. De nuevo, completamente en contra de la interpretación, restrictiva, sugerida por el Comité de Derechos Humanos.

5.3. Por fin, en tercer lugar, es notorio que la jurisdicción penal española, en contra de lo establecido por el Derecho Internacional de los derechos humanos (Observaciones Finales al Quinto Informe Periódico sometido por España al Comité de Derechos Humanos, aptdo. 9: “*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.”), ha rechazado consistentemente cualquier intento de poner en cuestión la validez de la legislación que da cobertura a la impunidad de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la guerra civil y durante el franquismo”). O, para ser más preciso, ha insistido en interpretar la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, como una causa de extinción de la responsabilidad penal por aquellas conductas que constituían, aun bajo la vigencia de los Códigos Penales de 1932 y, luego, del de 1944, delitos, conforme al Derecho interno español. Y ello, a pesar de que, desde el punto de vista lingüístico, en la lectura del tenor literal de la ley nada apunta en tal sentido: se declaran, en efecto, amnistiados “*todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas*” y “*los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas*”. Sin embargo, y con independencia de cuál fuese la intención del legislador, lo cierto es que la ley no dice que tal amnistía no tenga límites. De manera que, como ha sido puesto de manifiesto por diversos intérpretes, ya sin necesidad de recurrir al efecto derogatorio del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre la legislación ordinaria, simplemente mediante la realización de una interpretación sistemática y valorativamente coherente de la Ley, habría que concluir que ciertos actos no quedaron amnistiados: en concreto, aquellos que han sido declarados no susceptibles de amnistía ni de prescripción por la interpretación consolidada del Derecho Internacional de los derechos humanos. Por lo demás, como ya he indicado, aun si tal interpretación no resultase posible (que lo es), la conclusión que debería extraerse no es que la Ley 46/1977 –interpretada como causa de extinción de la responsabilidad penal– se impone sobre el Derecho Internacional de los derechos humanos, sino justamente la contraria: que se trata de una ley inválida ya *ab initio* (o, cuando menos, posteriormente derogada), por contradecir normas de rango superior. Que es, precisamente, la conclusión a la que ha llegado la jurisdicción penal en otros países (así, por ejemplo, en Argentina).

6. El panorama acabado de describir contrasta vivamente con la forma en que otros sectores relevantes del Derecho Internacional son tratados en la praxis interpretativa de

nuestros tribunales. Ello es muy evidente cuando se trata del Derecho de la Unión Europea, que, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es aplicado de forma directa y preferente por parte de los tribunales españoles (también los penales). Pero también ocurre con otras normas de procedencia internacional: así, por ejemplo (y por poner solamente algunos ejemplos), los tratados internacionales en materia de drogas tóxicas y estupefacientes, los convenios sobre terrorismo o los tratados en materia de patentes. En todos estos casos, los tribunales españoles emplean tales normas para –como procede– interpretar los tipos penales del Derecho positivo español a su luz, modulando sus interpretaciones en atención al contenido de los mismos.

7. Parece evidente que todo lo anterior no puede ser casual, tan sólo una mala práctica interpretativa, puramente inconsciente. Antes al contrario, la misma ha de ser interpretada como el fenómeno político que, en el fondo, es: como un intento de preservar prácticas estatales de violación de los derechos humanos (esto es: del contenido otorgado por el Derecho Internacional –aun por el firmado y ratificado por el Estado español– a los derechos humanos), produciendo una escisión radical entre el Derecho que se proclama (que incluye el Derecho Internacional de los derechos humanos) y el vivido en la realidad del sistema jurídico español (que, dígase lo que se diga, no lo incluye de hecho, dado que rara vez es aplicado si no coincide con disposiciones de Derecho interno, tal y como son interpretadas por el Tribunal Constitucional y/o por la jurisdicción ordinaria).

La existencia de este intento consciente de separar, en materia de derechos humanos, Derecho proclamado y Derecho practicado queda aún más de relieve cuando se comprueba la constante renuencia del Estado español a tomar en consideración las recomendaciones realizadas por los organismos internacionales encargados de interpretar el Derecho Internacional de los derechos humanos, y aun los resultados del examen de comunicaciones individuales (en aquellos convenios que las admiten) que afectan a las políticas de derechos humanos del Estado español. Es decir, de hecho, el Estado español, que firma convenios internacionales en materia de derechos humanos, hace luego todo lo posible para que los mismos no sean efectivamente aplicados en el ámbito de su Derecho interno. Y ello, parece claro, porque varios de los contenidos de dichos derechos humanos poseen fundamentos morales y políticos que se contradicen

con los propios de las normas jurídicas correspondientes (en materia de terrorismo, de tortura, de derechos económicos, sociales y culturales, etc.) dictadas por los órganos legiferantes del Estado español. Es decir, acaso no con su justificación teórica, pero sí con los límites a la vigencia de los derechos que el Estado español pretende imponer, en franca contradicción con el Derecho Internacional.

Por supuesto, afirmar –como yo hago- que se trata de una política deliberada no quiere decir necesariamente que todos y cada uno de los operadores jurídicos que contribuyen a que esta política resulte efectiva compartan las razones de quienes (desde los Ministerios, desde el Tribunal Supremo, desde la Fiscalía General del Estado) la mantienen y promueven como política de Estado. Por el contrario, es seguro que en muchas ocasiones el resultado se logra sencillamente promoviendo un evidente déficit de formación de los operadores jurídicos acerca del contenido del Derecho Internacional de los derechos humanos y de la función que debería estar cumpliendo en el seno del Ordenamiento jurídico español. Pero también de este modo se hace funcionar el mecanismo de la impunidad.