

CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA

(ENERO-JUNIO 2007)

Juan Santos Vara *

Sumario:

INTRODUCCIÓN.

I. TRATADOS INTERNACIONALES. LA PRIMACÍA DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

II. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ

III. ALTA MAR

IV. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10. 2. CE

V. EXTRADICCIÓN PASIVA. ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ARRESTO

VI. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LOS AGENTES INTERNACIONALES

INTRODUCCIÓN

En la presente crónica se han incluido varias sentencias en las que los jueces y tribunales españoles muestran su respeto por la primacía del Derecho internacional convencional sobre las normas internas, reconociendo al mismo tiempo la posición infraconstitucional de los tratados en el ordenamiento español. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha examinado la constitucionalidad del sistema previsto en el

* Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca. savajuan@usal.es. La presente crónica se enmarca en el proyecto de investigación: “La refundación de Europa: la reforma de 2004 y el Tratado Constitucional”(SA004C05), financiado por la Junta de Castilla y León.

Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre España y la Santa Sede de 1979 para la selección y el nombramiento de los profesores de religión católica, poniendo de manifiesto que el contenido de los tratados celebrados por España debe respetar y adecuarse a lo previsto en la Constitución.

Por otra parte, en varios pronunciamientos judiciales se perciben las discrepancias entre nuestros tribunales, en particular entre el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, a la hora de interpretar el principio de jurisdicción universal, ampliamente consagrado en el artículo 23.4 de la LOPJ. Así, en el caso del asesinato del periodista español José Couso, el Tribunal Supremo ha aceptado la jurisdicción de los tribunales españoles para investigar la muerte del cámara de televisión durante la guerra de Irak, que había sido previamente rechazada por la Audiencia Nacional¹. El Tribunal Supremo ha anulado también varias sentencias de la Audiencia de Las Palmas, en las que el Tribunal canario declaró que España carecía de jurisdicción para poder juzgar a los patronos de los cayucos interceptados en aguas internacionales, dedicados al tráfico ilícito de seres humanos. En el resto de las sentencias seleccionadas se abordan, entre otras, las siguientes cuestiones: la interceptación de buques de pabellón extranjero en alta mar, los privilegios e inmunidades de los agentes de las organizaciones internacionales, la naturaleza de la orden europea de detención y entrega y el recurso al cauce interpretación del artículo 10.2 de la Constitución en materia de derechos humanos.

I. TRATADOS INTERNACIONALES. LA PRIMACÍA DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 38/2007, de 15 de febrero. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 80/2007, de 19 de abril. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 81/2007, de 19 de abril. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 82/2007, de 19 de abril. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 84/2007, de 19 de abril. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

<http://www.tribunalconstitucional.es>

¹ A este Auto se ha hecho referencia en la Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional público, incluida en la *REEI*, n.º 12, 2006, p. 4.

El sistema previsto en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre España y la Santa Sede de 1979 para la selección y el nombramiento de los profesores de religión católica ha dado lugar a una alta conflictividad ante nuestros tribunales. En esta ocasión es el Tribunal Constitucional el llamado a pronunciarse sobre esta cuestión. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ha planteado varias cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el Acuerdo de 1979. El artículo III del Convenio establece que la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el ordinario diocesano proponga. Este modelo de contratación sería, en opinión del Tribunal canario, contrario a los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de nuestra Carta magna. La imposibilidad de someter a control jurisdiccional la decisión de la autoridad eclesiástica vulneraría la protección de los derechos fundamentales y, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional comienza su razonamiento afirmando que las normas contenidas en un tratado internacional pueden ser objeto de control de constitucional. Esta declaración es plenamente acertada, pues el contenido de los tratados celebrados por España debe respetar y adecuarse a lo previsto en la Constitución. Una buena muestra de ello es que los tratados no sólo pueden ser sometidos al control previo de constitucionalidad previsto en el artículo 95, sino que también pueden ser objeto de un control posterior de constitucionalidad. Ahora bien, como reconoce el propio Tribunal Constitucional, la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado no lleva aparejada la nulidad del mismo. Tal consecuencia sólo podría producirse con arreglo a las causas y al procedimiento previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En todo caso, el Tribunal evita adentrarse en el estudio de las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad, al considerar que el sistema previsto en el Acuerdo de 1979 respeta plenamente las previsiones constitucionales. En opinión, del Tribunal Constitucional no se produce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no queda excluido el control jurisdiccional de las decisiones de contratación de los profesores de religión. Además, aún cuando el nombramiento de los profesores dependa de la previa obtención de la declaración eclesiástica de idoneidad no se conculca tampoco el derecho de los ciudadanos a la igualdad en el acceso al empleo público en base a criterios de mérito y capacidad. En cambio, el abogado del Estado si se detiene a reflexionar sobre el posible alcance de una eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado, afirmando que en estas circunstancias el Tribunal Constitucional habría de limitarse a declarar meramente la inconstitucionalidad o bien posponer la fecha inicial de nulidad, siendo preciso reformar en un plazo razonable la Constitución o hacer desaparecer los aspectos inconstitucionales del tratado a través de la negociación con las otras partes contratantes o la denuncia si el tratado permite tal posibilidad.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 3 de mayo de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis López-Muñiz Goñi. *JUR 2007/131992.*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 4 de mayo de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Begoña Fernández Dozagarat. *JUR 2007/131976*.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 21 de mayo de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ana Isabel Resa Gómez. *JUR 2007/136294*.

(<http://www.westlaw.es>)

La cuestión debatida en estas tres sentencias gira entorno a la interpretación del Convenio de 1951 entre las Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas, del Protocolo de 1952 sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte y del Acuerdo de 2000 entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, relativo a las condiciones especiales aplicables al establecimiento y explotación en territorio español de un Cuartel General Militar Internacional. Se trataba de determinar si el personal de las Fuerzas Armadas Españolas o los elementos civiles adscritos a los cuarteles de la OTAN en España tienen derecho al reconocimiento de la exención del Impuesto Especial de Hidrocarburos para el consumo de carburantes por vehículos de su propiedad. La primera de las sentencias comentadas tiene su origen en un recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la Administración con el objetivo de lograr la ratificación de las declaraciones de lesividad adoptadas por el Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda en relación con los acuerdos de la Agencia Especial de Administración Tributaria (AEAT), en los que se reconocía la mencionada exención. Las otras dos sentencias tienen su origen en dos recursos interpuestos por dos miembros españoles de los cuarteles de la OTAN en España contra sendas resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, en las que se les deniega la exención del Impuesto sobre Hidrocarburos.

Frente a la pretensión de la Administración de que resulta de aplicación el Convenio de 1951 sobre el Estatuto de la Fuerza de la OTAN, la Audiencia Nacional llega acertadamente a la conclusión de que se ha de resolver la cuestión debatida basándose en el Protocolo de 1952 sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales de la OTAN. El Convenio de 1951 se refiere a las fuerzas armadas de una de las partes contratantes que se hallen en el territorio de otra de las partes contratantes. Sin embargo, los militares que han solicitado la exención están adscritos a cuarteles de la OTAN, a los que resulta de aplicación el Protocolo de París de 1952. El Protocolo se aplica a los militares adscritos a un cuartel general, con independencia de su nacionalidad. En consecuencia, la Audiencia Nacional estima que se ha de aplicar el artículo 14.2.g) del Protocolo de 1952, en el que se establece la exención de impuestos por el consumo de alcohol, tabaco y carburantes a los miembros de los cuarteles generales de la OTAN. Se trata de una solución plenamente respetuosa con la primacía de la que deben gozar los tratados internacionales sobre el derecho interno y coherente con el ámbito de aplicación del Convenio de 1951 y del Protocolo de 1952, completado por el Acuerdo de 28 de febrero de 2000.

II. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1240/2006 (Sala de lo Penal), de 11 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Román Puerta Luis. *RJ 2006/8241*.

(<http://www.westlaw.es>)

El Tribunal Supremo ha aceptado la jurisdicción de los tribunales españoles para investigar la muerte del cámara de televisión José Couso durante la guerra de Irak, que fue causada por el disparo efectuado desde un carro de combate del ejército norteamericano contra el hotel Palestina de Bagdad, en el que se encontraban alojados los periodistas por indicación del Pentágono norteamericano. La Audiencia Nacional mantuvo en su Auto de 8 de marzo de 2006 que los órganos jurisdiccionales españoles no tenían competencia para conocer de los hechos, ya que el disparo efectuado por las tropas norteamericanas contra el Hotel Palestina fue un “un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado”. Al no concurrir la intencionalidad dolosa de causar la muerte, la Audiencia Nacional afirmó que los tribunales españoles no eran competentes para conocer de los hechos. En cambio, el Tribunal Supremo considera que el Tribunal de instancia no pudo haber llegado a esta conclusión, sin haber atribuido previamente a nuestros tribunales el conocimiento de estos hechos. Al considerar que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, el Tribunal Supremo ordena a la Audiencia Nacional reabrir el caso Couso.

La presente sentencia ofrece un nuevo episodio de las discrepancias entre nuestros tribunales, en particular entre el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, a la hora de interpretar el principio de jurisdicción universal, ampliamente consagrado en el artículo 23.4 de la LOPJ. Una buena muestra de estas divergencias la encontramos en la aceptación por el Tribunal Supremo de la jurisdicción española para investigar el presunto genocidio de los miembros del movimiento espiritual *Falun Gong* por parte de las autoridades chinas, que previamente había sido rechazada por la Audiencia Nacional². Todo parecía presagiar que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en el caso Guatemala (26 de septiembre de 2005) serviría para calmar las tempestades entre los tribunales³. Nada más lejos de la realidad. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo no han desaprovechado ninguna ocasión para criticar abiertamente la amplia interpretación del principio de jurisdicción universal consagrada en la sentencia Guatemala. De este modo, la sentencia de 26 de septiembre de 2005 no ha frenado los esfuerzos que viene realizando en los últimos tiempos la Audiencia

² Vid. Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional público, incluida en la *REEI*, n.º 13, 2007.

³ Sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el asunto Guatemala se pueden consultar las números anteriores de esta revista, en particular la Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional público, *REEI*, n.º 11, 2006.

Nacional con el objetivo de introducir limitaciones en el ejercicio de su competencia para enjuiciar a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos que han tenido lugar fuera de nuestras fronteras.

El Tribunal Supremo ha basado su pronunciamiento no sólo en el artículo 23.4 sino también en el IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra y en el Protocolo I Adicional de 1977. Así, con arreglo al artículo 146 del Convenio de Ginebra “cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales, fuera cual fuera su nacionalidad”. En consecuencia, el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra obliga a los Estados a enjuiciar a los responsables de haber cometido u ordenado cometer crímenes de guerra dándoles la opción de entregarlos a otro Estado que haya formulado cargos contra ellos. Por otra parte, el Tribunal Supremo acude también al Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1977 para justificar su conclusión, ya que el artículo 79 se refiere específicamente a los periodistas quienes serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50 del mismo Protocolo.

Es preciso poner de manifiesto que el Tribunal Supremo asume totalmente la argumentación desarrollada por las recurrentes en el sentido de que el IV Convenio de Ginebra junto con el artículo 23.4 de la LOPJ otorgan jurisdicción a la nuestros jueces y tribunales para conocer de los hechos. La idea de que ambos instrumentos jurídicos otorgan jurisdicción a los tribunales de nuestro país para enjuiciar a los responsables de la comisión de crímenes de guerra es plenamente aceptable. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo es incoherente con el razonamiento seguido por el propio Tribunal Supremo en los asuntos *Falung Gong* y Tibet y con las afirmaciones realizadas en los primeros párrafos de la misma sentencia Couso. Mientras que en los asuntos *Falung Gong* y Tibet el Tribunal Supremo se detiene minuciosamente a examinar si los hechos presentan la apariencia de genocidas, en el presente caso apenas se presta atención a la cuestión de determinar si los asesinatos de José Couso y del reportero ucraniano podrían constituir un crimen de guerra.

En segundo lugar se percibe una cierta contradicción entre la aceptación de la jurisdicción de los tribunales españoles en este caso y el hecho de cuestionar la amplia interpretación del principio de jurisdicción universal llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. En esta ocasión no se crítica directamente la doctrina del Tribunal Constitucional, sino que se pone de manifiesto los problemas que puede traer consigo en el ámbito de las relaciones internacionales la intervención de los tribunales españoles respecto de hechos cometidos fuera de nuestras fronteras. Por esta razón, el Tribunal Supremo defiende la necesidad de la concurrencia de un punto de conexión legitimante con intereses españoles para evitar un ejercicio abusivo de la jurisdicción universal, tal y como fue defendido en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 sobre el caso Guatemala. Se trata de criterios, que como ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en esta misma revista, fueron claramente rechazados por el

Tribunal Constitucional en la sentencia Guatemala⁴. Asimismo, el Tribunal Supremo vuelve a mencionar las legislaciones de algunos países de nuestro entorno en las que se han introducido restricciones al ejercicio de la jurisdicción universal, en particular Bélgica y Alemania. En definitiva, se trata de una visión que difiere claramente de la mantenida por parte del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, no cabe duda que la razón fundamental que ha llevado al Tribunal Supremo a aceptar la jurisdicción es el hecho de que una de las víctimas fuera de nacionalidad española. Sin embargo, el recurso al criterio de personalidad pasiva no es coherente cuando se trata de crímenes de especial gravedad que afectan a la Comunidad internacional en su conjunto, de forma que su persecución no debería basarse en un vínculo de carácter nacional entre las víctimas y el Estado que lleva a cabo la persecución⁵. En todo caso, como señala Remiro Brotons la justificación de este principio como base de jurisdicción se va a referir a supuestos en los que se podría acudir al principio de persecución universal “por lo que, una de dos, o está de más o hace de menos al principio de persecución universal”⁶.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 561/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 15 junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta. *RJ* 2007/3463.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 582/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 21 junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz. *RJ* 2007/3330.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 554/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 25 junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. *JUR* 2007/197086.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 618/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 26 junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar. *RJ* 2007/236601.

(<http://www.westlaw.es>)

⁴ SANTOS VARA, J.: “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, *REEI*, n.º 11, 2006. En relación con esta sentencia, se pueden consultar también los siguientes trabajos: PIGRAU SOLÉ, A.: “A propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional”, *REDI*, n.º 2, 2005, pp. 893-910; RUIZ MIGUEL, C.; BERMEDJO GARCÍA, R.: “Una Sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (Nota a la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional)” *REDI*, n.º 2, 2005, pp. 911-924. *REDI*, n.º 2, 2005, pp. 893-

⁵ CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 283-284.

⁶ REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 49. Para ORIHUELA CALATAYUD “su virtualidad en la lucha contra la impunidad debería apreciarse en el caso de convenios que no prevean la actuación al amparo del principio de universalidad o que previéndola no pudiera someterse a juicio al delincuente por falta de establecimiento de la legislación interna para ello y, además, la jurisdicción universal tampoco encontraría fundamento en el Derecho Internacional General” (“La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2000 p. 183).

El Tribunal Supremo ha anulado varias sentencias de la Audiencia de Las Palmas, en las que el Tribunal canario declaró que España carecía de jurisdicción para poder juzgar a los patronos de los cayucos interceptados en aguas internacionales. En todos los casos los inmigrantes que viajan a bordo de las embarcaciones eran de origen subsahariano y fueron rescatados por agentes de Salvamento marítimo de nuestro país. De este modo, el Tribunal Supremo intenta poner fin a la pretensión de la Audiencia de Las Palmas de evitar la sobrecarga de trabajo que se puede derivar del tráfico ilegal de inmigrantes a través del mar.

La Audiencia de Las Palmas excluyó la posibilidad de enjuiciar a los detenidos sobre la base del principio de jurisdicción universal, alegando que en el artículo 23.4 de la LOPJ se otorga competencia a los jueces y tribunales españoles para conocer de una serie de infracciones penales, entre las que no figuran los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Los pronunciamientos de la Audiencia de Las Palmas fueron recurridos por el fiscal quien alegó, entre otros motivos, que se había vulnerado lo previsto en el artículo 23.4 h) de la LOPJ en relación con el art. 318 bis 1º y 3º del Código Penal. El Ministerio Fiscal consideró que, ante la gravedad que reviste la inmigración ilegal "no parece aceptable entender que España no tiene jurisdicción en relación con los patronos responsables de las embarcaciones que se dirigen a nuestro país". Se trata de argumentos jurídicos que presentan una gran similitud con los hemos defendido desde las páginas de esta Revista⁷. En este sentido, el Tribunal de instancia no presta la debida atención al Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y al artículo 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en los que se prevé el derecho de visita en relación, entre otros supuestos, con aquellos buques que no tienen nacionalidad, como normalmente ocurre con las pateras o cayucos que se dedican al tráfico ilícito de seres humanos.

Con el objetivo de poner de manifiesto que el razonamiento seguido por la Audiencia de Las Palmas es erróneo, el Tribunal Supremo examina minuciosamente los principios que otorgan jurisdicción a los tribunales españoles en virtud de lo previsto en el artículo 23 de la LOPJ, prestando especial atención al principio de justicia universal. El Derecho internacional permite a los Estados ejercer su jurisdicción para enjuiciar a los responsables de conductas que atentan contra bienes esenciales de los que es titular la Comunidad internacional en su conjunto, con independencia de la nacionalidad de los autores y del lugar de su comisión. A este principio responde precisamente el art. 23.4 LOPJ, al determinar la jurisdicción de los jueces y tribunales españoles para conocer de una serie de delitos que revisten una especial gravedad.

El Tribunal Supremo analiza detalladamente la Convención sobre la Delincuencia Transnacional Organizada de 2000, el Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la citada Convención y la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. El citado Protocolo contiene detalladas disposiciones para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de inmigrantes por

⁷ Ya hemos tenido ocasión de expresar nuestra perplejidad sobre la doctrina defendida por la Audiencia de Las Palmas sobre esta cuestión (Vid. Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España, *REEI*, n.º 12, 2006).

mar. Se prevé que todo Estado podrá solicitar la ayuda de otros Estados cuando tenga sospechas que un buque que enarbola su pabellón o navegue sin nacionalidad está implicado en el tráfico ilegal de personas. En el caso de que se trate de un buque que navegue bajo pabellón de otra Parte contratante podrá pedirle la confirmación de la matrícula, y posteriormente solicitarle autorización para visitar y registrar el buque⁸. Además, cuando un Estado tenga “motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace trata de un buque sin nacionalidad, podrá visitar y registrar la embarcación. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda”⁹. Como pone de manifiesto el TS, se trata de un desarrollo convencional que es plenamente coherente con lo previsto en Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre el derecho del mar y en la Convención de Montego Bay de 1982 donde se prevé que los buques estarán sometidos en alta mar al Estado del pabellón, salvo que naveguen bajo pabellón de conveniencia o se trate de un buque sin nacionalidad¹⁰.

En los cuatro casos nos encontramos con un buque sin nacionalidad, como de ordinario sucede con las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas, los delitos se cometieron indudablemente con el propósito de penetrar clandestinamente en territorio español y los presuntos responsables de los cayucos se encontraban en territorio español. Este conjunto de circunstancias llevan acertadamente al Tribunal Supremo a la conclusión de que el artículo 23.4, h) LOPJ en relación con el artículo 8.7 del Protocolo fundamentan el conocimiento de los hechos por los órganos jurisdiccionales españoles, existiendo, por otra parte, “un evidente nexo de conexividad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales”. No queda claro si el Tribunal Supremo habría llegado a la misma conclusión si no concurrieran tales vínculos con intereses españoles, en particular si la embarcación no se hubiera dirigido a nuestro país o si los delincuentes no estuvieran en territorio español. Es preciso recordar que el Derecho internacional permite a los Estados recurrir al principio de jurisdicción universal aún cuando no exista una vinculación con intereses nacionales. La inmigración ilegal constituye uno de los problemas más graves que afectan a nuestro país en la actualidad y desgraciadamente numerosas personas pierden o arriesgan la vida en busca de un futuro mejor. Ante la gravedad de este tipo de delitos, es lógico que tanto el ordenamiento internacional como el Derecho español prevean la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal.

⁸ Artículo 8.5 del Protocolo. Se trata de un sistema que guarda una gran semejanza con el previsto en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

⁹ Art. 8.7 del Protocolo.

¹⁰ Artículo 92.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

III. ALTA MAR

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 209/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer. *RJ* 2007/1929.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 406/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 4 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano. *RJ* 2007/3271.

(<http://www.westlaw.es>)

En los casos en los que se ha procedido al apresamiento en alta mar de buques extranjeros dedicados al tráfico de drogas, los implicados en este tipo de delitos suelen alegar en los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo la falta de respecto de las previsiones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar de 1982 y del Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Mientras que el artículo 92 de la Convención de Montego Bay prevé que los buques estarán sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, el artículo 108 señala que todos los Estados cooperarán en la represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar. Este principio general de cooperación es desarrollado a través del artículo 17 de la Convención de Viena de 1988, en el que se exige la autorización previa del Estado del pabellón para poder proceder a abordar e inspeccionar la nave en alta mar.

En los dos casos se trataba de buques venezolanos y las autoridades de Venezuela concedieron autorización a España para abordar e inspeccionar la nave, así como para adoptar las medidas adecuadas para detener los buques y la tripulación en caso de que se encontraran pruebas de que las embarcaciones estaban implicadas en el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Sin embargo, las autoridades venezolanas acompañaron la autorización de una reserva de jurisdicción sobre los buques, la tripulación y los bienes a bordo. Además, en el primero de los casos analizados se incorporó una declaración en virtud de la cual el Reino de España será responsable de los daños y perjuicios que puedan resultar del abordaje y la inspección del buque. Mientras que en el segundo de los supuestos analizados el Tribunal Supremo se adentra en el examen de la reserva de jurisdicción, en el primer caso se examinan las consecuencias que se derivan del hundimiento del buque con posterioridad a su detención como consecuencia de una avería.

El Tribunal Supremo confirma la conclusión a la que llegó el Tribunal de instancia en el sentido que la pérdida del buque supone un incumplimiento de uno de los condicionantes impuestos por el Gobierno de Venezuela en la autorización del abordaje al no ser posible la entrega del buque a las autoridades navales venezolanas. No obstante, esta circunstancia no afecta a la validez del abordaje ni a la valoración de la prueba obtenida. De este modo, el Tribunal Supremo procede a aplicar al presente caso la doctrina desarrollada en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003, núm. 1562/2003, en la que señaló que “el incumplimiento de la norma que prevé estas autorizaciones no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni

constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio derecho penal internacional. En efecto, al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados, pero claramente ajena, por lo tanto, al presente proceso. En todo caso puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencias a la valoración de la prueba obtenida”.

En cambio, en el segundo de los casos analizados, el Tribunal Supremo no otorga importancia a la reserva de jurisdicción, al considerar que no puede prevalecer ningún condicionamiento en la autorización que contradiga los tratados internacionales que vinculan a Venezuela y a España ni la ley penal española, ya que, en virtud del principio de jurisdicción universal previsto en el artículo 23 de la LOPJ, España tiene competencia para el conocimiento de los hechos. Se trata de un pronunciamiento judicial confuso en el que no se distingue claramente entre el eventual incumplimiento del requisito de la autorización previa del Estado del pabellón y la validez del proceso penal.

IV. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10. 2. CE.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Sección Primera), de 26 de enero de 2007. Ponente: Ilmo. Sra. D^a. Pilar Alonso Sotorrio. *RJ* 2007/14.

(<http://www.westlaw.es>)

El recurso interpuesto por una comunidad de propietarios contra el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la celebración del carnaval en la zona centro de Santa Cruz de Tenerife ha proporcionado una buena oportunidad al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias para aplicar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), relativa a la violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, protegido por el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH), como consecuencia de la exposición al ruido ambiental. El Tribunal canario se vale del cauce interpretativo del artículo 10.2 de nuestra Constitución para interpretar el artículo 18 de la CE a la luz de la jurisprudencia del TEDH. El TEDH se ha referido en repetidas ocasiones a la relación existente, en casos de especial gravedad, entre ciertos daños ambientales, aun en el caso de que no se ponga en peligro la salud, y la vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar, privando del disfrute del domicilio, tal y como está previsto en el artículo 8 del CEDH¹¹. En consonancia con la jurisprudencia del TEDH, nuestros tribunales vienen sosteniendo desde hace algunos años que la exposición prolongada a determinados

¹¹ Se pueden consultar, entre otras, las sentencias del TEDH de 21 de febrero de 1990, *caso Powell y Rayner contra Reino Unido*, de 9 de diciembre de 1994, *caso López Ostra contra Reino de España* y la de 19 de febrero de 1998, *caso Guerra y otros contra Italia*.

niveles de ruido puede constituir una violación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, siempre y cuando la lesión provenga de una acción u omisión de los poderes públicos.

En el presente caso, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias declaró que se había producido una vulneración del derecho fundamental contemplado en artículo 18 de la CE, requiriendo de las autoridades municipales la adopción de las medidas necesarias para proteger y amparar el derecho al descanso y tranquilidad de los vecinos de la zona centro de la ciudad. Sin embargo, el Tribunal canario no aceptó la suspensión cautelar del carnaval del 2007 solicitado por los recurrentes, al otorgar un valor predominante al interés general en la celebración de tal fiesta popular.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 69/2007 (Sala Primera), de 16 de abril.
Ponente: D. Pablo Pérez Tremps.

(<http://www.tribunalconstitucional.es>)

Los hechos que subyacen detrás del planteamiento del recurso de amparo que dio origen a la presente sentencia son bastante sencillos. Sin embargo, se plantean cuestiones de un gran interés en relación con el principio de igualdad y no discriminación. La recurrente alega la violación del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por razones étnicas y de origen social (artículo 14 CE). Se trataba de una viuda de etnia gitana a quien se le deniega la prestación de viudedad por no concurrir una relación matrimonial con el causante, a pesar de que estaba casada por el rito gitano. La presente sentencia no habría recibido nuestra atención sino fuera por el voto particular formulado por el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez. Este último manifiesta su discrepancia respecto del sentir mayoritario de los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, alegando, entre otros motivos, que la decisión de la mayoría no favorece la integración y el reconocimiento de los derechos de las minorías, preconizada por el Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995. En su opinión “en toda sociedad pluralista y genuinamente democrática no sólo se debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría, sino también crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad, con el único límite obligado del «orden público constitucional»”. Asimismo, se menciona la Directiva 2000/43, del Consejo, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Conforme a dicha Directiva es necesario reconocer que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular respecto a otras personas (art. 2.1.b).

Por ello, el Magistrado discrepante considera que, si bien es deseable la intervención del legislador para cubrir el vacío existente en la regulación de este tipo de situaciones, “en los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige (...) medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida (...)”, concluyendo que se ha vulnerado el derecho a la igualdad y a no ser discriminada por motivos de raza, protegido por el artículo 14 de la CE.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 151/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta. *RJ* 2007/1549.

(<http://www.westlaw.es>)

El problema que se plantea en esta sentencia alude a la relación existente entre la necesidad de proteger a las víctimas menores de edad en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías y, en particular, el derecho del acusado a interrogar al testigo directamente y someter a contradicción su testimonio. Con arreglo a las previsiones contempladas en la LO 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, el tribunal de instancia aceptó la ausencia en el juicio oral de la víctima para evitar el agravamiento de las secuelas derivadas de la condición de víctima. En la búsqueda de un equilibrio entre los dos intereses en conflicto, el Tribunal Supremo no duda en acudir a la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Asimismo, el artículo 11.2 de la Convención de los Derechos del Niño prevé que la actuación de los poderes públicos en relación con la protección del menor estará guiada por "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal". La referencia a la Convención de los Derechos del Niño es muy oportuna, en la medida en que la LO 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor viene a desarrollar no sólo el artículo 39.4 de la CE, sino también los principios contenidos en la Convención del Niño.

V. EXTRADICCIÓN PASIVA. ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ARRESTO

Auto del Tribunal Constitucional núm. 68/2007 (Sala Primera), de 26 febrero.

(<http://www.tribunalconstitucional.es>)

En el presente Auto, el Tribunal Constitucional procede a aplicar a la orden europea de detención y entrega la doctrina elaborada en relación con los casos de extradición pasiva, que consiste en suspender la ejecución de las resoluciones judiciales que acuerdan la entrega de un recurrente en amparo a las autoridades de otro Estado. La razón que subyace detrás de esta doctrina es que una eventual sentencia que otorgase el amparo solicitado quedaría desprovista de toda eficacia práctica si el ciudadano reclamado se encontrará ya a disposición de las autoridades de otro Estado, de forma que los autos que anulen la procedencia de la extradición ya no podrían surtir efectos. Aun cuando no se trata propiamente de un supuesto de extradición pasiva, en opinión

del Tribunal Constitucional, la doctrina mencionada resulta igualmente aplicable a los supuestos regidos por la euroorden, porque, al igual que ocurre con la extradición pasiva, “su efectividad implicaría la inmediata entrega del recurrente a las autoridades del Estado emisor para su enjuiciamiento, con la consiguiente dificultad de que una eventual sentencia estimatoria del amparo pudiera surtir efectos en dicho país”.

Lleva razón el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez al discrepar en su voto particular del razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional. En efecto, resulta totalmente incompatible la adopción de una resolución suspensoria de estas características con la naturaleza de la euroorden, creada a través de la Decisión marco de 13 de junio de 2002. Como pone de manifiesto Rodríguez-Zapata Pérez, los Tribunales Constitucionales de otros países han adoptado también resoluciones judiciales en las que muestran sus reticencias a la plena aplicabilidad de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y arresto. Un buen ejemplo lo tenemos en la decisión del Tribunal Constitucional polaco de 17 de abril de 2005 o en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 recaída en el caso *Darkanzanli*. En este contexto, es comprensible que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas haya aprovechado la sentencia *Pupino* de 16 de junio de 2005 para acercar la cooperación judicial en materia penal y policial al primer pilar, al aplicar la doctrina de la interpretación conforme elaborada en relación con las directivas a las decisiones marco¹².

VI. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LOS AGENTES INTERNACIONALES

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 326/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), de 26 de enero de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Pilar Galindo Morell.

JUR 2007/243758 (<http://www.westlaw.es>)

La cuestión debatida en la presente sentencia consiste en determinar si resulta aplicable a las pensiones obtenidas tras cesar en el ejercicio de la actividad como funcionario de la ONU la exención que para los sueldos y emolumentos pagados por dicha Organización está prevista en la Convención Internacional sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y los Organismos Internacionales de 13 de febrero de 1946. El recurrente alega que está exento de tributar en España por las pensiones percibidas de la Caja Común de Pensiones de las Naciones Unidas, alegando que dichas pensiones se encuentran exentas en virtud del artículo V, sección 18b) de la mencionada Convención de 1946, en el que se señala que “los funcionarios de la Organización estarán exentos de impuestos sobre los sueldos y emolumentos pagados por la Organización”.

¹² Sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino*, C-105/03.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima acertadamente que las pensiones percibidas por un antiguo funcionario de las ONU no deben tener un tratamiento diferente del salario percibido por los funcionarios en activo, de forma que el recurrente está exento de tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El Tribunal catalán apoya su razonamiento en sentencias de varios tribunales españoles que han llegado a la misma conclusión, en particular, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2003, en relación a pensiones percibidas por un funcionario de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de enero de 2003, en la que se trataba también de un antiguo funcionario de la ONU.