

# **CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA (2009-2010)**

**Coordinador: Juan Santos Vara \***

**Redactores: Javier Laso Pérez<sup>1</sup>; Asier Garrido Muñoz<sup>2</sup> y  
Juan Santos Vara**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN, II. DERECHO DE LOS TRATADOS, III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 24 DE LA LOPJ, IV. ALTA MAR, V. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2 CE, VI. ASILO Y APATRIDIA.

## **I. INTRODUCCIÓN**

En las últimas décadas, la jurisprudencia de los jueces y tribunales relativa a la interpretación y aplicación del Derecho internacional es muy densa. La vocación internacionalista de nuestros jueces y tribunales no presenta, en la mayoría de los casos, duda alguna. Ello no es extraño, pues en el preámbulo de la Constitución española se proclama la voluntad de “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra” y la proyección internacional no ha hecho más que intensificarse en los últimos años. En este contexto, cualquier pretensión de llevar a cabo una presentación exhaustiva de la jurisprudencia relativa a la aplicación judicial del Derecho internacional público en España de cualquier período de nuestra historia reciente presenta una enorme dificultad. En la presente crónica, se ha seleccionado las decisiones judiciales más relevantes desde la perspectiva del Derecho internacional sin ánimo de exhaustividad. También conviene advertir al lector que muchas de las sentencias incluidas no son realmente novedosas en cuanto a su contenido, pero presentan un cierto interés por incluir argumentos originales o proceder a interpretar o aplicar la jurisprudencia previa. A continuación, se realiza una breve presentación de algunas de las líneas jurisprudenciales que guían la redacción de la presente crónica.

---

La presente crónica se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Las relaciones entre la UE y NU: hacia la defensa del multilateralismo eficaz”, DER2008-05419/JURI, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

\*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca.

<sup>2</sup> Becario de Investigación FPU del Ministerio de Educación y Ciencia. Universidad de Salamanca.

Entre las sentencias relativas al Derecho de los tratados destacan la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2009 y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009, de 29 de abril. En la Sentencia de 19 de enero de 2009, el Tribunal Supremo se refiere a la formulación y retiro de las reservas a los tratados internacionales. Esta cuestión, que en el pasado no se planteaba muy a menudo en la jurisprudencia de nuestros tribunales, ha dado lugar en los últimos años a una amplia jurisprudencia relativa a la legalidad de la imposición a los miembros de las Fuerzas Armadas de una sanción disciplinaria que conlleve la privación de libertad, aplicada a través de arrestos impuestos por sus superiores en relación con la reserva formulada por España los artículos 4 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el momento de su adhesión. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril tuvo su origen en un recurso de casación, en el que se cuestionaba si la interpretación de las normas internas relativas a la incapacitación, en particular, los artículos 199 y 200 del Código Civil, eran acordes con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007<sup>3</sup>. Este instrumento jurídico introduce un régimen jurídico innovador para hacer frente a las dificultades y obstáculos que siguen encontrando las personas con discapacidad para participar plenamente en la vida social y disfrutar en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. El Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación de las normas internas de conformidad con los objetivos previstos en el Tratado, en lo que constituye una aplicación indirecta del Tratado realizada a través de la normativa interna.

En el período sobre el que versa la presente crónica se ha puesto fin a la concepción absoluta de la jurisdicción universal en virtud de la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, sobre la Oficina judicial<sup>4</sup>. En la actualidad, el artículo 23.4 LOPJ exige que para que puedan conocer los Tribunales españoles de los delitos sobre los que se le otorga competencia en virtud del principio de jurisdicción deberá quedar acreditado que: los presuntos responsables se encuentren en España o que existen víctimas españolas o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España. Esta limitación supone acoger las tesis restrictivas que ha venido defendiendo el Tribunal Supremo desde la sentencia recaída en el caso Guatemala de 2003<sup>5</sup> y que ha reiterado constantemente en su jurisprudencia<sup>6</sup>. La limitación del principio de jurisdicción universal ha tenido en los últimos meses importantes consecuencias prácticas. El 4 de abril de 2010, se ha archivado la investigación relativa al Tibet abierta en 2008 en relación con la represión cometida contra la población tibetana en los meses que precedieron a los juegos olímpicos de 2008<sup>7</sup>, si bien el caso que versa sobre el presunto genocidio cometido con ocasión de la ocupación china del Tibet sigue abierto.

---

<sup>3</sup> BOE de 21 de abril de 2008.

<sup>4</sup> Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 4 de noviembre de 2009.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 327/2003, de 25 de febrero.

<sup>6</sup> Se pueden mencionar, entre otras, las sentencias recaídas en los casos *Scilingo* de 1 de octubre de 2007 y *Couso*, de 11 de diciembre de 2006.

<sup>7</sup> Vid. *REEI*, 2008, nº 17.

En 2010 se ha archivado también el caso Gaza y más recientemente, en abril de 2011, se ha acordado el sobreseimiento del caso Guantánamo relativo al asesoramiento legal que suponía una justificación del maltratado dispensado a los prisioneros de guerra, del que daremos cuenta en próxima crónica. Los autos de los casos Tibet y Gaza aparecen recogidos en la presente crónica. Entre las resoluciones judiciales relacionadas con el principio de jurisdicción universal destacan también la Sentencia del Tribunal Supremo 691/2010, de 13 de julio, que constituye el último capítulo del complejo y largo caso *Couso*, el Auto del Tribunal Constitucional núm. 186/2009, de 16 de junio, en el que se clarifica el ámbito de la *actio popularis* en el marco del principio de jurisdicción universal y el Auto del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2010 relativo a la querrela interpuesta por la defensa de Scilingo contra los jueces de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que lo juzgaron y condenaron en virtud de la sentencia nº 798/2007, de 1 de octubre.

Como ya viene siendo habitual en esta crónica, se presta especial atención a los derechos humanos. Los jueces y tribunales aplican e interpretan constantemente los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, sobre todo a través del cauce interpretativo del artículo 10. 2 CE, por lo que la selección realizada es obviamente incompleta, e incluso podría parecer algo arbitraria. No obstante, los pronunciamientos que comentaremos ejemplifican la técnica de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico español. Y es que, como con tino afirmara el Tribunal Constitucional en la sentencia 44/2009 sobre la ilegalización de una serie de agrupaciones de electores radicadas en el País Vasco, la labor del juez español no es

“examinar la observancia o inobservancia, per se, de textos internacionales que obliguen a España en materia de derechos humanos, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional (...) sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 12 de febrero de 2009. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde. *RTC 2009/44* (<http://www.westlaw.es>), FJ nº 2 a). No ofrecemos comentario específico de esta decisión dado que los textos jurídico-internacionales relevantes no fueron directamente aplicados por el Tribunal Constitucional. Como se afirmara en una crónica precedente, “la jurisprudencia española relativa a la ilegalización de partidos políticos y asociaciones electorales se apoya reiteradamente en la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Europeo y, en particular, en la sentencia de 13 de febrero de 2003, *Caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) c. Turquía*. Sin embargo, las referencias explícitas a la doctrina del TEDH no son muy abundantes en esta sentencia. Ello es perfectamente comprensible, pues las sentencias anteriores contienen amplias referencias a los argumentos desarrollados por el Tribunal Europeo en esta materia” (SANTOS VARA, J.: “Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público (enero-junio de 2005)”, *REEL*, núm. 10, 2005, p. 11). De hecho, en el supuesto específico de la STC de 12 de febrero no se hace referencia alguna a jurisprudencia del TEDH.

En la Sentencia de 11 de febrero de 2009, el Tribunal Supremo es llamado a pronunciarse sobre la legalidad de la asignatura de Educación para la Ciudadanía, y aprovecha la ocasión para referirse a números instrumentos internacionales tanto vinculantes como no vinculantes. En esta sentencia destacan también las referencias realizadas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión antes de adquirir fuerza jurídica vinculante. En la Sentencia de de 18 de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre las decisiones judiciales de no investigar casos de supuestas torturas o malos tratos sufridos en centros de detención policial. El Tribunal Constitucional se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Europeos para poner de manifiesto el deber de investigar las denuncias de malos tratos.

En el ámbito de los derechos humanos es de destacar también la Sentencia núm. 199/2009, de 28 de septiembre, en la que el Tribunal Constitucional se adentra en el examen de la relación entre el principio de *non refoulement* y la orden europea de detención y entrega.

Por último, como viene ocurriendo desde hace años, nuestros tribunales se han pronunciado en numerosas sentencias sobre el cumplimiento por nuestro sistema de casación con las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>9</sup>. A pesar del carácter repetitivo de una jurisprudencia que siempre se basa en la misma doctrina, entendemos que alguna de las sentencias que comentamos a continuación adquiere una cierta relevancia en la medida en que pone en evidencia la desidia del legislador en reformar nuestro sistema de revisión penal para adecuarlo a las exigencias de las obligaciones internacionales suscritas por España. Y es que, durante el período que abarca esta crónica, España ratificó el 16 de septiembre de 2009 el Protocolo nº 7 al CEDH de 22 de noviembre de 1984. De manera similar a su homólogo del art. 14.5 del PIDCP, el art. 2 de este texto proclama el derecho de toda persona declarada culpable por infracción penal a “hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior”, sometiéndolo a una serie de limitaciones que se encuentran reguladas en su segundo párrafo.

## II. DERECHO DE LOS TRATADOS

### 1. Efecto directo de los Tratados

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 22 de abril de 2010**, Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano. RJ\ 010\4703  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

La posibilidad de que los Tratados internacionales tengan eficacia directa se encuentra asentada en la jurisprudencia española, de forma que pueden ser invocados directamente

---

<sup>9</sup> Recordemos que el origen de esta jurisprudencia se encuentra en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20 de julio de 2000 en el asunto *Gómez Vázquez c. España*, nº 701/1996.

por los particulares ante los órganos jurisdiccionales y administrativos internos, siempre que se cumplan una serie de requisitos, vinculados a la precisión de su contenido y a su carácter incondicional o completo, esto es, en la medida en que no necesiten desarrollos normativos posteriores. En este asunto el Tribunal Supremo aplica los criterios relativos al carácter *self-executing* de las obligaciones previstas en Tratados internacionales y se ocupa de clarificar la naturaleza de los Convenios invocados por los recurrentes, con objeto de determinar en qué medida se oponen a la normativa adoptada por la Ordenanza Municipal Tipo aprobada por Orden del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Cataluña. Esta norma regulaba el régimen de los locales públicos donde se ejercía la prostitución, con el objetivo fundamental de garantizar la seguridad e higiene de los locales.

En la argumentación de los recurrentes se mantenía, entre otros motivos, que la Ordenanza al regular esta actividad determinó la legalización tácita de las actividades que regulaba y su conformidad a derecho; y, de esta forma, vulneraba la eficacia del Convenio de las Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 21 de marzo de 1950, al que España se adhirió en 1962, y al art. 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, que obliga a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución. En defensa de esta Ordenanza la Generalitat señalaba que el objetivo del Convenio de 1950 se refería a la trata de personas y la explotación de la prostitución (no a la prostitución ejercida sin ningún vínculo de subordinación); y mantenía, además, que se trataba de un Convenio programático “en tanto se limita a contener una declaración de principios, sin recoger normas directas de carácter vinculante” (Antecedentes de hecho, núm. 4, segundo párr.). Esta argumentación se siguió, asimismo, en la Sentencia de la Sala de instancia, que había rechazado el recurso debido a que los Convenios invocados tendrían carácter programático, por lo cual “no se trasladan directamente al derecho interno, ni resultan aplicables en este ámbito, sino a través y con sujeción a su tipificación mediante leyes nacionales de los Estados firmantes” (Fundamentos de Derecho Primero, apart. 4).

El Tribunal Supremo mantiene la decisión de fondo de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Catalunya, que rechazó el recurso contra esta Ordenanza; pero se separa en su argumentación desde el punto de vista de los efectos de los Tratados internacionales alegados; y expresamente mantiene que no comparte “el criterio de la instancia sobre la naturaleza de estos Convenios, particularmente el de Lake Success de 21 de marzo de 1950” (Fundamento Jurídico tercero, segundo párrafo). Además, recuerda que “los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento jurídico interno” y señala que esta recepción se apoya en el art. 96. 1 de la Constitución Española (sin que se aluda en este asunto el art. 1. 5 del Código Civil, disposición inicialmente objeto de referencia preferente con respecto a la Constitución). En opinión del Tribunal esta integración inmediata tendría efectos positivos en la medida en que “nuestro art. 96.1 refuerza el compromiso de cumplimiento de los Tratados con la incorporación al ordenamiento interno del contenido del Tratado” (Fundamento Jurídico tercero, tercer párrafo *in fine*).

Además, el Tribunal argumentó que “una vez incorporado a nuestro ordenamiento interno, la aplicación directa de un Tratado o Convenio viene condicionada por el carácter self-executing de sus disposiciones, es decir, que su relación sea suficientemente precisa para consentir esa aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que representa la voluntad de nuestro Estado” (*Ibidem*)

Esta caracterización del efecto directo de los Tratados no precisa en qué medida estas disposiciones atribuyen derechos subjetivos a los particulares que puedan invocar directamente. A continuación, el Tribunal aplica este concepto con respecto a “los términos empleados por los artículos primero y segundo del Convenio”, en los que los Estados se comprometen a castigar las conductas descritas; y concluye sería contraria a este compromiso cualquier disposición interna contraria a la obligación asumida por los Estados de reprimir estas conductas. El Tribunal reconoce, sin embargo, que corresponde a los Estados la libertad de configuración de este deber –definir, enjuiciar y castigar conforme a sus leyes nacionales, cuya naturaleza puede ser tanto infracciones administrativas como delitos, así como la gravedad y clase de sanción; pero “sin que esta libertad de configuración autorice a considerar tales conductas conformes a derecho” (Fundamento Jurídico tercero, apart. 5)

En aplicación de estos criterios afirma “la eficacia normativa, y no meramente programática, de los Convenios” (concretada en el deber de mantener la ilegalidad de las actividades a las que se refiere); pero aplicando esta interpretación a las circunstancias del asunto rechaza que la regulación de las conductas por parte de la Orden tenga, como argumentaban los recurrentes, el efecto directo o indirecto de favorecer estas actividades o presuponer su licitud. Por el contrario, el examen de esta normativa le permite concluir que sus fines permiten minimizar o disminuir “los efectos perjudiciales de una actividad que, siendo indeseable, se consiente por los poderes públicos por derivarse de su estricta prohibición unos efectos aún más perniciosos que los que se derivan de su tolerancia” (Fundamento Jurídico cuarto, apart. 4).

De esta forma, siguiendo un razonamiento opuesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña, rechazó el recurso en el que se impugnaba la Orden de la Generalitat que aprobó la ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. En última instancia, se aplica en un sentido amplio el concepto de efecto directo, en la medida en que las disposiciones a las que se refiere no podrían invocarse por los particulares de forma inmediata, con anterioridad a su desarrollo normativo; pero sí serían suficientemente precisas para apreciar si la norma interna resulta contraria a los acuerdos internacionales que se invocan. Desde este punto de vista, el razonamiento del Tribunal descansa fundamentalmente en una interpretación de los objetivos de la Convención, en la medida en que de su contenido sólo se deduce una obligación general que requiere para su concreción un desarrollo normativo posterior.

*Javier Laso Pérez*

## **2. Régimen de las reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos**

**Sentencia del Tribunal Supremo de (Sala de lo Militar, Sección 1ª) de 19 de enero de 2009**, Ponente: Excmo Sr. Fernando Pignatelli Meca RJ/2009/3954 F.: Aranzadi (*Westlaw*)

En la presente decisión el Tribunal Supremo resuelve, en el marco de un recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, un recurso contra una privación de libertad impuesta en el marco del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; y reitera su jurisprudencia en la que se afirma la validez de la reserva formulada por España al CEDH y que permite la adopción de sanciones privativas de libertad, adoptadas por autoridades administrativas, en el marco del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. La validez de estas sanciones se ha cuestionado en numerosos asuntos debido al retraso en la notificación por el Estado español al Secretariado del Consejo de Europa de la última -hasta el momento- modificación legislativa sobre esta cuestión. En definitiva, se enmarca dentro de la amplia jurisprudencia relativa a la legalidad de la imposición a los miembros de las Fuerzas Armadas de sanciones disciplinarias que conlleven privación de libertad.

El CEDH prevé la posibilidad de formular reservas (art. 57.1), siempre que se refieran a disposiciones particulares del Tratado (excluyendo las reservas generales); sometidas a la condición de la existencia en el momento de la ratificación de una normativa interna incompatible (“en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esa disposición”). Además, indica la obligación de notificar las disposiciones internas en las que se concreta esta reserva y señala que “Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley que se trate”. El TEDH ha precisado que el objetivo de esta notificación es la de permitir que el Tribunal y el resto de los Estados miembros puedan apreciar su validez<sup>10</sup>.

En el momento de ratificar la Convención en 1979 el Gobierno español formuló una reserva dirigida a excluir la aplicación de los arts. 5 y 6 del CEDH y notificó, cumpliendo los requisitos formales previstos en el CEDH, que la normativa interna aplicable era el Código de Justicia Militar de 1945. La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, modificó la normativa reforzando el sistema de garantías y limitando las sanciones. España notificó este cambio al Consejo de Europa, actualizando la reserva, a través de la declaración del Ministerio de asuntos Exteriores de 24 de septiembre de 1986. Este régimen sancionatorio se reguló, a continuación, por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las FAS. Sin embargo, no realizó esta notificación con respecto a la Ley 8/1998, que sustituyó a la anterior de 1985, hasta que realizó esta notificación en el año 2007 (BOE nº 267 de 7 de noviembre de 2007). La reserva formulada por España no se aplica a las sanciones impuestas a la Guardia Civil, desde el

---

<sup>10</sup> Vid., sobre este punto el comentario en esta crónica a la Sentencia del TC de 18 de octubre (*loc. cit.*) y las sentencias del TEDH allí comentadas.

momento en que el TEDH consideró en la decisión *Dacosta Siva v. España*<sup>11</sup> que se había adoptado en la Ley Orgánica 11/1991 del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil un régimen específico que se separaba del objeto de esta reserva, vinculada a las sanciones impuestas a las Fuerzas Armadas. El TEDH precisó en el asunto *Dacosta Silva* que el mantenimiento de la reserva no se extendía a esta norma desde el momento en el que se disgregó por el legislador la regulación de las sanciones con respecto a las Fuerzas Armadas en función de sus características propias<sup>12</sup>.

En razón de la falta de actualización de la reserva, que se produjo debido al retraso en la notificación de la normativa aplicable, se planteó si la reserva formulada por España seguía vigente o si, por el contrario, debería aplicarse íntegramente el Convenio, desde la adopción de la normativa interna hasta su notificación, y podría suspenderse la aplicación de la reserva desde el momento en que se adoptó la nueva legislación hasta que se notificó la nueva norma por parte del Gobierno español.

En su jurisprudencia el Tribunal Supremo mantiene de forma constante la irrelevancia de la falta de notificación con respecto al mantenimiento de la vigencia de la reserva formulada en el momento de la adhesión de España al Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1979, sin que la modificación de la normativa interna a la que se refiere el objeto de la reserva afectara a la validez de la reserva formulada por parte de España.

El Tribunal Supremo destaca, a la hora de afirmar la validez de la reserva, las diversas funciones que corresponden a la notificación de la normativa interna contraria al Tratado, en el momento de la formulación de la reserva, y la función que corresponde a la notificación de las actualizaciones de la normativa interna situadas dentro del objeto de la reserva; rechazando que esta falta de actualización conlleve la invalidez o la suspensión de la reserva. Esta jurisprudencia se inició en la Sentencia de 6 de febrero de 2008; continuada en la de 28 de octubre; y 13 de noviembre de 2008, con argumentos que se desarrollan con posterioridad, entre otras, en la Sentencia que se comenta, así como en la de 10 de mayo de 2009; 2 de abril de 2009 y 26 de julio de 2010. El desencadenante de esta línea jurisprudencial se encuentra en la Sentencia del TEDH de 2 de febrero de 2007 *Dacosta Silva c. España*, que sirvió de apoyo a la hora de introducir esta argumentación. En la primera de estas decisiones, puede apreciarse que esta cuestión se introdujo en la fase de casación, después de que se hubiera adoptado la decisión del TEDH y el TS la resuelve teniendo en cuenta que se trataba de una cuestión nueva y de orden público.

La decisión del Tribunal Supremo en el asunto que se comenta resulta interesante en la medida en que sistematiza y completa su jurisprudencia relativa a los efectos de la falta de notificación por parte del Estado español al Secretariado del Consejo de Europa de la modificación legislativa adoptada en 1998 respecto al régimen disciplinario de las

---

<sup>11</sup> TEDH, *Dacosta Silva c. España*, sentencia de 2 de febrero de 2007, nº 69966/01.

<sup>12</sup> Vid., el comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 18 de octubre de 2010. *RTC 2010/73* en esta misma crónica, así como N. PÉREZ SOLA, “El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Dacosta Silva v. España*”, UNED. *Revista de Derecho Político*, Núm. 71-72, 2008, pp. 677-699.



Fuerzas Armadas. A pesar de que el conjunto de estas Sentencias mantiene la misma argumentación no dejan de encontrarse elementos diferenciadores a la hora de desarrollar los argumentos<sup>13</sup>. El argumento fundamental, como se ha señalado, descansa en una clara distinción entre la función que tienen la formulación de las reservas, en el momento de la prestación del consentimiento, y la notificación de la normativa interna que sustituye a la inicial. Esta notificación responde, según destaca que el Tribunal, a la posibilidad de que el TEDH pueda constatar que la normativa adoptada no excede en su objeto respecto de la que inicialmente se había formulado. En razón de esta finalidad, el TS deja abierta la posibilidad (que considera remota debido a que el objeto de la normativa sigue siendo en este punto el mismo), de que el TEDH pudiera pronunciarse sobre la validez de la reserva. La jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta, así, respetuosa con la función que corresponde al TEDH a la hora de apreciar la compatibilidad de estas reservas con las exigencias previstas en este Convenio.

En definitiva, con un mayor o menor desarrollo, que se reduce al mínimo en sus últimas decisiones debido a la reiteración de esta jurisprudencia, se afirma que la falta de notificación de la normativa española no afecta a la validez de la reserva; sin que puedan considerarse nulas por esta causa las sanciones privativas de libertad impuestas en aplicación del régimen disciplinario militar. Con todo, se reconoce la obligación de actualizar la reserva, por las razones indicadas en la jurisprudencia del TEDH y se destaca la función que correspondería al TEDH con respecto al juicio sobre su validez (Caso *Belios vs. Suiza* de 29 de abril de 1988 y *Weber vs. Suiza* de 22 de mayo de 1990), así como las referencias que realiza el TEDH con respecto a la situación en España en el asunto *Da Costa Silva* de 2 de febrero de 2007.

En la Sentencia que se comenta se introdujo, además, con respecto a las decisiones anteriores, un argumento suplementario por cuanto se destaca que la reserva seguiría siendo válida debido a las exigencias de carácter formal que requiere el ordenamiento español para su retirada. La argumentación del Tribunal Supremo recoge, en este punto, el concepto y naturaleza de las reservas que ha mantenido el Tribunal Constitucional (STC 292/2005, de 10 de noviembre (RTC 2005, 292), siguiendo la STC 141/1998, de 29 de junio (RTC 1998, 141), de forma que “en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma”<sup>14</sup>. En concreto, en la Sentencia 141/1998, de 29 de junio afirmó

---

<sup>13</sup> En la Sentencia de 13 de noviembre de 2008 el TS (ponente, Ángel Juanes Peces) afirma “Cuestión distinta es que el Estado Español no hubiera notificado nunca el cambio legislativo operado. En este caso, la problemática, compleja, sería otra” (F. J. tercero).

<sup>14</sup> Vid., sobre el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a los efectos de la retirada de las reservas, en concreto del asunto 141/1998 de 30 de julio, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *El Derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2005, pp. 507-531, en particular, pág. 518 y ss. L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, por su parte, preveía que la disección técnica del régimen de las reservas “no puede ser un mero preciosismo o una artificiosa curiosidad. Por el contrario, supone la elaboración de un cuerpo conceptual y doctrinal para su aplicación a otros supuestos de la práctica (“Un tiempo para juzgar: el Derecho Internacional Público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1992-2001) en *Pacis Artes: Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, *Derecho*

que “los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad”, y que una cláusula de un tratado, como por ejemplo la retirada de una reserva, no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada (apart. 6). Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se amparaba en un criterio garantista, y se refería a la recepción de las reservas y la retirada de una reserva en el ordenamiento español. De esta forma, al margen de reconocer su carácter de declaración unilateral, se consideraba que la reserva formaba parte del Tratado, a efectos de la exigencia de su publicación oficial antes de su recepción<sup>15</sup>; el apoyo que puede tener en el argumento del tribunal, relativo a la validez de la reserva, resulta quizá superfluo. En definitiva, la reserva formulada por España permite excluir la aplicación del art. 5. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se vincula la privación de libertad con la decisión de una autoridad jurisdiccional competente. Este régimen disciplinario puede considerarse anacrónico, en particular frente a faltas leves, tanto por la necesidad de una mayor protección de los derechos de defensa como de la nueva realidad de las Fuerzas Armadas. A falta de un cambio legislativo que elimine, en todo o en parte, esta excepción la jurisprudencia sólo puede ir aportando garantías sin eliminar el objeto de esta reserva.

*Javier Laso Pérez*

### **3. Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede**

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), Auto núm. 190/2009, de 23 de junio, Cuestión de Institucionalidad núm. 3141/2009 RTC\2009\190 Auto F.: Aranzadi (Westlaw)**

El presente Auto responde a la cuestión de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid, en el marco de un asunto relativo al reconocimiento de prestación de servicios de un grupo de profesores de religión y moral católicas. El órgano jurisdiccional decidió presentar una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito en 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, en el que expresamente el órgano jurisdiccional cuestionaba la “validez formal” de este acuerdo y no su compatibilidad material con la Constitución Española. En la argumentación del Juzgado de lo Social la inconstitucionalidad del marco normativo en el que se integraban los contratos de trabajo supondría la nulidad de los contratos y la imposibilidad de reconocerles derechos.

En concreto, el órgano jurisdiccional cuestionaba este Acuerdo por supuesta infracción de su “validez formal”, debido a que ciertas disposiciones del acuerdo infringían la reserva de Ley orgánica (art. 81.1 CE), en la medida en que afectarían a los derechos fundamentales; y, por otra parte, por cuanto el Acuerdo debía haberse celebrado con la

---

*Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, Madrid, 2005, pág. 698 y ss.)

<sup>15</sup> Vid., el comentario de P. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Público”, *REDI*, Vol. LXII (2010), núm. 1, pág.155 y ss.

autorización mediante Ley orgánica exigida por el art. 93 CE en la medida en que para el Juzgado de lo Social el Acuerdo con la Santa Sede implicaba “auténticas cesiones de competencia en materia reservada por la Constitución a los poderes públicos”. El Tribunal Constitucional rechaza el alcance que otorga el Juzgado de lo Social a este acuerdo con la Santa Sede, siguiendo la argumentación del Fiscal General del Estado. Por una parte, rechaza que el régimen de los docentes afecte al desarrollo del derecho a la educación (FJ primero), y, por otra parte, rechaza el cuestionamiento del Acuerdo en virtud del procedimiento de incorporación del acuerdo con la Santa Sede en Derecho interno (F.J. tercero). En consecuencia, en el presente Auto el Tribunal no admite esta cuestión, siguiendo la argumentación del Fiscal General del Estado, con una rotunda afirmación, en la que se constataba que “la Santa Sede no es una organización internacional, sino un Estado soberano, razón por la cual, frente a lo afirmado por el Juzgado, el precepto constitucional en juego no es el art. 93 CE, sino el art. 94 CE, con arreglo al cual se tramitó la integración de los Acuerdos con la Santa Sede en el Derecho español” (Fundamento Jurídico tercero).

La decisión puede enmarcarse en la jurisprudencia del TC que se refiere al carácter de acuerdos internacionales de los acuerdos con la Santa Sede, de forma que su validez sólo podría cuestionarse de acuerdo con las disposiciones del Derecho internacional<sup>16</sup>. El Tribunal Constitucional no entra a valorar la especificidad que tiene la Santa Sede como sujeto de Derecho Internacional, ni los argumentos que se han presentado con respecto al contenido de los acuerdos con las disposiciones constitucionales<sup>17</sup>; pero resulta evidente la adecuación de la decisión del Tribunal.

*Javier Laso Pérez*

#### **4. Aplicación de la interpretación conforme de la normativa interna**

**Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 282/2009 de 29 de abril,** Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trías, RJ\2009\2901

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

La presente decisión refleja la relevancia de la interpretación conforme de las normas internas con respecto a las obligaciones derivadas de los Tratados internacionales. Esta interpretación permite precisar el sentido de las disposiciones, de forma que su alcance resulte compatible con las exigencias derivadas de estos acuerdos internacionales, evitando en su caso la contradicción entre las obligaciones internacionales y las normas internas. La interpretación conforme permite, en definitiva, que los órganos jurisdiccionales españoles garanticen la aplicación interna de los Tratados internacionales, con independencia de que no se hayan adoptado las normas internas que adaptan las previsiones del ordenamiento interno a los compromisos internacionales.

---

<sup>16</sup> TC Tribunal Supremo 2652/2004, de 26 de abril de 2004

<sup>17</sup> Vid, en general, F. JIMÉNEZ GARCÍA, *La internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus acuerdos con España*, Dilex, Madrid, 2008.

La presente Sentencia tuvo su origen en un recurso de casación, en el que se cuestionaba si la interpretación de las normas internas relativas a la incapacitación, en particular, los artículos 199 y 200 del Código Civil, eran acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008). Como sintetizó el Tribunal “el problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra, (...), en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces” (FJ quinto). En definitiva, existiría una aparente contradicción de la normativa relativa a la incapacitación, que se entendía como una privación de capacidad jurídica, con el Art. 12 de la Convención, que se refiere al igual reconocimiento como persona ante la ley y, en concreto, reafirma que las personas discapacitadas tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. La cuestión que se planteaba sería cómo “integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer”. El Ministerio Fiscal proponía, en estas circunstancias, aplicar la curatela como sustitutivo a las medidas de incapacitación, puesto que ofrecía un marco graduable y abierto, que permitía la protección de las personas con discapacidad cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona y sea necesario adoptar una decisión en su nombre, a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención (F. J. tercero).

El Tribunal no consideró, sin embargo, que la incapacitación fuera, en sí misma, contraria a la Convención, siempre que la regulación se interpretara de acuerdo con ciertos criterios, “independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla”. Dejando al margen la necesidad de adaptar una amplia serie de disposiciones a las exigencias y principios de la Convención sobre personas con discapacidad, con anterioridad a estas modificaciones legislativas, la interpretación de la norma interna de conformidad con la Convención permite salvaguardar de forma inmediata las exigencias y los principios recogidos en esta Convención e interpretar la normativa existente a las exigencias de este acuerdo internacional.

En su argumentación el Tribunal destacó que la Convención pretende “promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad” de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas. En consecuencia, con independencia de la regulación posterior de la incapacidad y del nombre que finalmente se le dé por parte del legislador, la incapacitación sólo podría tener como finalidad la protección de la persona (de forma que el tratamiento distinto no sería discriminatorio), de acuerdo con los artículos 10, 14 y 49 de la Constitución. De esta forma, considera que “Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad” (Fundamento Jurídico 4, b). Asimismo, después de reforzar su argumentación con Derecho comparado, destaca que la incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque afecta a su ejercicio. Después de analizar el alcance de los principios derivados de la Convención con la normativa del Código Civil, el

Tribunal concluye que “De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone” (FJ séptimo, cuarto párr.).

En definitiva, este asunto permite clarificar cuál es la interpretación de la legislación española conforme con las exigencias de la Convención sobre discapacidad. La función de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de las obligaciones internacionales no se limita, como puede apreciarse, a la inaplicación de las normas internas contrarias a los acuerdos internacionales o a la posibilidad de aplicar las disposiciones suficientemente precisas de los Tratados, sino que se extiende también a la interpretación de las normas internas de conformidad con los objetivos previstos en el Tratado, en lo que constituye una aplicación indirecta del Tratado realizada a través de la normativa interna.

*Javier Laso Pérez*

## **5. Aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia**

**Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010, Jurisdicción: Contencioso-Administrativa (Sección tercera), Recurso de casación Núm. 802/2010, Ponente: Excm. Sra. Isabel Perelló Domenech**

Este asunto se enmarca dentro de una amplia serie de pronunciamientos relativos a la patentabilidad de los productos químicos y farmacéuticos en España, en los que se aplica la regla -prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969- según la cual en el supuesto de tratados sucesivos sobre una misma materia debe prevalecer el tratado posterior sobre el anterior. La decisión se adoptó en el marco de un recurso de casación respecto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de abril de 2009, en la que se desestimó el recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas de 27 de octubre de 2006, que a su vez rechazó la publicación de una revisión de la traducción de patente europea.

En el recurso se planteaba entre otros motivos la infracción por parte del TSJ de Madrid del art. 70.7 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y la inaplicación del art. 70.2 del mismo texto. Los recurrentes mantenían, asimismo, la infracción de los apartados 3 y 4 del art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, que se refieren a la aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia. En efecto, España se adhirió en 1985 al Convenio sobre la Patente Europea, formulando una reserva que impedía la patentabilidad de productos químicos y farmacéuticos, que se extendió comprendida su prórroga hasta el 7 de octubre de 1992; desde ese momento era posible reivindicar la patentabilidad de tales productos; pero la norma que regulaba los efectos transitorios de las patentes solicitadas con anterioridad preveía (art. 167.5 del Convenio) que “los efectos de esta reserva subsistirán durante toda la duración de esas patentes”. Sin embargo, en 1995 España suscribió el Acuerdo de la Organización

Mundial del Comercio sobre los aspectos de los Derecho de Propiedad Intelectual relacionado con el Comercio (ADPIC o Trips), en el que se preveía el plazo de un año para proteger estas invenciones, sin que esta protección se restringiera a las solicitadas o registradas a partir de esa fecha.

En este contexto, al margen de la interpretación de la disposición transitoria relativa a la Convención de Patente Europea, el Tribunal destaca que

“en todo caso la entrada en vigor en España del ADPIC, vinculante para el Estado español a partir del 1 de enero de 1996, según lo dispuesto en el artículo 65.1 del mismo, despeja cualquier duda que pudiera mantenerse respecto a posibles efectos de la reserva sobre las patentes afectadas por ella, dado que debe prevalecer sobre el Convenio de la Patente Europea el reconocimiento expreso por parte del ADPIC de la posibilidad, no ya de admitir las reivindicaciones de productos farmacéuticos, sino de hacerlo para aquellos supuestos en que no había sido posible con anterioridad como consecuencia de decisiones nacionales –como el caso de las reservas” (Fundamento Jurídico sexto).

El TS entiende, además, de forma amplia la posibilidad de revisar la publicación de patente y la extiende a las revisiones de las traducciones de patentes presentadas para ampliar la protección a los productos cuyas reivindicaciones no fueron incluidas en la misma como consecuencia de la reserva.

*Javier Laso Pérez*

## **6. Convenio de 1951 entre las Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas y Protocolo de 1952 sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales**

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 13 de mayo de 2010.** Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis López-Muñiz Goñi.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 21 de junio de 2010.** Ponente: Excma. Sra. Dª Begoña Fernández Dozagarat.

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

En estas dos sentencias, la Audiencia Nacional ha de determinar si los nacionales españoles 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 Audiencia Nacional se ha enfrentado a esta cuestión en el pasado en otras sentencias de la que hemos dado cuenta en esta

crónica<sup>18</sup>. Para proporcionar una respuesta a la cuestión planteada la Audiencia Nacional se adentra en 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. 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.

*Juan Santos Vara*

### **III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ.**

#### **1. Derecho humanitario y jurisdicción universal**

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 691/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 13 de julio.** Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monter de Ferrer. *RJ 2010/7339*.

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

La presente sentencia constituye el último capítulo del caso Couso. El Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional han defendido, desde un primer momento, posiciones totalmente distintas sobre la jurisdicción de los tribunales españoles para investigar la muerte del cámara de televisión José Couso durante la guerra de Irak, de las que hemos dado cuenta en la presente crónica<sup>19</sup>. La Audiencia Nacional mantuvo en su auto de 8 de

---

<sup>18</sup> *REEI*, nº 14, 2007.

<sup>19</sup> *REEI*, nº 14, 2007. En relación con el caso Couso se puede consultar, entre otros, los siguientes trabajos: OLÁSULO ALONSO, H.: "Análisis del caso Couso a la luz del Estatuto de Roma", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2007, nº 5; ORTIZ DE LA TORRE, J. A.: "El caso "Couso": Tienen jurisdicción los Tribunales de España?", *Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, nº 4; SÁNCHEZ PATRÓN, J. M.: "La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso "Couso"", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, nº 4; SANTOS VARA, J.: "Headnote

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”<sup>20</sup>. 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 concluyó el 11 de diciembre de 2006 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 había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, el Tribunal Supremo ordenó a la Audiencia Nacional reabrir el caso Couso.

Una vez determinada con absoluta claridad la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los hechos, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó el 27 de abril de 2007 auto de procesamiento contra el Sargento Thomas Gibson, el Capitán Philip Wolford y el Teniente Coronel Philip de Camp, al considerar que existían suficientes indicios para considerarlos autores de un delito contra la Comunidad internacional, tipificado en el artículo 611.1 del Código Penal. La Sección Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional hubo de pronunciarse de nuevo como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal. El 13 de mayo de 2008, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dejó sin efecto el auto de procesamiento del Juez Pedraz alegando que no existían suficientes indicios para mantener el procesamiento, ya que no concurría la finalidad de aterrorizar a la población por lo que no cabe descartar que el disparo efectuado desde el carro de combate se realizase en la creencia de que se dirigía contra un enemigo hostil erróneamente identificado. Al mismo tiempo, la Audiencia Nacional devuelve el asunto al Juez Instructor para que, al no estar concluida la instrucción, adopte las actuaciones que estime procedente llevar a cabo.

El 21 de mayo de 2009, el Juez Pedraz dictó un nuevo auto de procesamiento contra los militares norteamericanos mencionados anteriormente tras practicar nuevas diligencias y proponer otras, tales como reconstruir los hechos en Bagdad a través de una comisión rogatoria. El Juez Pedraz llega a la conclusión de que concurren suficientes indicios para considerar que los militares norteamericanos pueden ser responsables de la comisión de conductas criminales tipificadas en nuestro Código Penal como delitos contra la Comunidad internacional. Por segunda vez, el 14 de julio de 2009 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decidió dejar sin efecto los procesamientos acordados por el Juez Pedraz al estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal. El 23 de noviembre de 2009, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dicta auto confirmando la conclusión del sumario del caso Couso. El recurso de casación interpuesto por las acusaciones particulares le proporciona al Tribunal Supremo una nueva oportunidad de pronunciarse sobre el caso Couso.

---

on Jiménez Sánchez and ors v. Gibson and ors, Appeal Judgment, No 1240/2006; ILDC 993 (ES 2006), December 2006”, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2009. <http://ildc.oxfordlawreports.com/>

<sup>20</sup> 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.



En la presente sentencia, el Tribunal Supremo deja sin efecto la resolución recurrida de la Audiencia Nacional y ordena proseguir las actuaciones judiciales. El Tribunal Supremo recuerda que la IV Convención de Ginebra y su Protocolo Adicional I que protegen a los civiles, incluidos los periodistas, contiene la obligación *aut dedere aut iudicare*. El Tribunal Supremo afirma rotundamente que esta última obligación, así como el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los EEUU de 1990, han sido manifiestamente incumplidos por los Estados Unidos (FJ nº 2). Finalmente, el Tribunal Supremo anula la resolución recurrida de la Audiencia Nacional al considerar que los hechos investigados pueden constituir crímenes contra la Comunidad internacional, tipificados por nuestro Código Penal y el Derecho Internacional Humanitario. Con el objetivo de poner de manifiesto que los hechos investigados presentan la apariencia de graves violaciones del *ius in bello*, el Tribunal Supremo reproduce en esta sentencia algunas de las disposiciones más importantes del IV Convenio de Ginebra y del Protocolo I que protegen a los civiles. Nos congratulamos de que finalmente se haya dejado el camino expedito para que el Juez Instructor pueda proseguir la investigación de unos hechos que, como ha puesto de manifiesto los cables de wikileaks de los que hemos tenido conocimiento en los últimos meses, se ha tratado de boicotear no sólo desde las instancias judiciales sino también políticas

*Juan Santos Vara*

## **2. Derechos Humanos y jurisdicción universal**

### **Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 186/2009, de 16 de junio.**

F.: <http://www.tribunalconstitucional.es>

El presente auto viene a resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 el 10 de abril de 2009. Esta cuestión se planteó en el contexto de la querrela que interpuso la Asociación Pro Derechos Humanos y la Asociación Estadounidense Center for Justice and Accountability contra varias personas de nacionalidad salvadoreña como responsables de crímenes de lesa humanidad, terrorismo y asesinato cometidos en El Salvador. El Juez instructor plantea que la limitación del ejercicio de la acción popular a los españoles, tal y como se prevé en los artículos 19 LOPJ y 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiera ser contraria al mandato previsto en el artículo 125 de la Constitución. En su opinión, la limitación de los sujetos legitimados para interponer la acción popular sería contraria a los principios que informan la jurisdicción universal, lo que supondría asimismo privar a los ciudadanos y entidades extranjeras de un derecho que les vendría reconocido en numerosos tratados internacionales que legitiman la persecución de los responsables de aquellos delitos que afectan a la Comunidad internacional en su conjunto. Se mencionan expresamente los siguientes tratados internacionales: entre otros, en materia de lucha contra la piratería, la Convención sobre alta mar de 29 de abril de 1958 y la de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 10 de diciembre de 1982; en relación con la falsificación de moneda, el Convenio de 20 de abril de 1929; en la lucha contra el terrorismo, el Convenio de Tokio sobre infracciones

y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963, el Convenio de Nueva York para la represión de atentados terroristas con bombas de 15 de diciembre de 1997, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 9 de diciembre de 1999 y el Convenio internacional para la represión de actos de terrorismo nuclear de 13 de abril de 2005; en materia de crimen organizado, el Convenio de sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 y la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988; y, en fin, en materia de lucha contra la corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003.

El Tribunal Constitucional, después de recordar que los tratados internacionales no constituyen un canon para enjuiciar la adecuación a la Constitución de las normas, procede a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad. Siguiendo el razonamiento jurídico desarrollado por el Fiscal General del Estado, el Tribunal Constitucional afirma que “los tratados internacionales mencionados en el Auto de planteamiento no incorporan un contenido normativo tan intenso que obligue a universalizar la acción popular incluso en aquellos Ordenamientos para los que esta figura es completamente desconocida. Dichos tratados plasman un compromiso de persecución de determinadas conductas dentro de las disponibilidades de los sistemas jurídicos nacionales”. En definitiva, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que la admisión del principio de jurisdicción universal en nuestro ordenamiento jurídico no implica la universalización de la *actio popularis*, prevista en las normas procesales internas.

*Juan Santos Vara*

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 4 de marzo de 2010.**  
Ponente Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. *JUR/2010/111615*.  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

En el presente auto el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la querrela interpuesta contra siete dirigentes políticos y militares de Israel, entre ellos, el ex Ministro de Defensa, Benjamín Ben Eliécer, en relación con la acción militar llevada a cabo el 22 de julio de 2002 contra un líder de Hamas en la franja de Gaza, que se saldó con un gran número de víctimas civiles. El Tribunal Supremo acepta plenamente el razonamiento seguido por la Audiencia Nacional al proceder al archivo de las actuaciones el 9 de julio de 2009. Los recurrentes alegaron que la Audiencia Nacional había interpretado de forma excesivamente restrictiva el alcance del artículo 23.4 LOPJ y se había equivocado al estimar que existe un procedimiento penal abierto por los hechos objeto de la querrela. En cambio, el Tribunal Supremo considera que se ha llevado a cabo una investigación judicial de los hechos en Israel por lo que se ha de proceder al archivo de la causa. A este respecto, el Alto Tribunal afirma que “la Audiencia expone la legalidad que rige la materia, tanto estatal como internacional, la jurisprudencia de la propia Audiencia Nacional, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo sobre la ausencia de carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, sobre lo que es generalmente

prioritario el criterio de subsidiariedad sobre el de concurrencia y la necesidad de que se module todo ello en caso concreto” (FJ nº 2).

Asimismo, el Tribunal Supremo constata que en la actualidad pende proceso penal en este caso y que las partes consintieron la creación de una Comisión independiente de investigación de los hechos, que lleva a cabo su cometido bajo revisión judicial de sus decisiones. Finalmente, se afirma que han existido procedimientos civiles para la reclamación de compensaciones económicas, algunos de los cuales han sido instados por los querellantes de este proceso.

*Juan Santos Vara*

### **3. Jurisdicción universal y crímenes contra la humanidad**

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de febrero de 2010.**

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro. *JUR 2010/143602.*

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

En el presente auto el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la causa abierta por el juez Baltasar Garzón para investigar las desapariciones forzadas que tuvieron lugar durante la Guerra Civil española y la dictadura franquista a raíz de la querrela planteada por un supuesto delito de prevaricación contra el mencionado juez. El Tribunal Supremo rechazó la pretensión del juez Garzón de declarar el sobreesimiento de la causa abierta por prevaricación. Al auto de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008, que declara la falta de competencia del Juzgado Central núm. 5 para investigar los hechos, se ha hecho referencia en el pasado en esta misma crónica<sup>21</sup>. Al igual que en aquella ocasión, nos referiremos únicamente a aquellas cuestiones que presentan un gran interés desde la perspectiva del Derecho internacional.

El juez Baltasar Garzón consideró en su auto de 16 de octubre de 2008 que, aunque se trataba de conductas que se podían calificar como crímenes contra la humanidad, introducidos en nuestro Código Penal con posterioridad a los hechos denunciados, el principio de la irretroactividad de la ley penal no sería aplicable en este caso, pues se trata de crímenes que ya estaban tipificados en aquella época por el derecho consuetudinario. El juez Garzón justifica su razonamiento en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia *Scilingo* de 1 de octubre de 2007. Sin embargo, el Tribunal Supremo discrepa de la interpretación de la sentencia *Scilingo* realizada por el juez querrelado. El Tribunal Supremo afirma que “en dicha sentencia se revoca una anterior de la Audiencia Nacional precisamente en la medida en que condenó al recurrente como autor de un delito de lesa humanidad, por considerar que con ello se había vulnerado el principio de legalidad penal, ya que aquel delito no estuvo tipificado en España con vigencia anterior de 2004”.

---

<sup>21</sup> Vid. *REEI*, n.º 17, 2008.

A continuación, el Tribunal Supremo incluye amplias referencias a la sentencia *Scilingo* con el objetivo de desvirtuar el razonamiento seguido por Garzón. Así, el Tribunal Supremo señala que en aquella sentencia se afirmó que “el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles”. Por esta razón, se afirma de forma bastante confusa que “el Tribunal Supremo circunscribió entonces los efectos de las circunstancias contextuales de los delitos comunes por los que los condenó, acotándolos al estricto ámbito de la justificación de la perseguibilidad universal de estos”.

No habría estado de más que el Tribunal Supremo hubiera expresado de forma más clara que *Scilingo* fue finalmente condenado por la comisión de delitos de asesinato y detención ilegal, pero se recurrió a la tipificación de tales hechos como crímenes contra la humanidad para justificar el recurso a la jurisdicción universal para enjuiciar los hechos cometidos por *Scilingo*. Finalmente, el Tribunal Supremo concluye en el presente auto que no se puede prescindir de la prescripción de la responsabilidad penal de los delitos investigados ni de su extinción en virtud de amnistía establecida por la Ley de 1977. Para corroborar esta tesis se afirma que tampoco el Derecho internacional ha establecido la imprescriptibilidad de tales delitos, de lo que constituye un buen ejemplo la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, en la que no se prohíbe la posible prescripción, sino que se prevé expresamente su admisión en el Derecho interno de los Estados.

También discrepa el Tribunal Supremo sobre la interpretación realizada por el juez Garzón de la Ley de Amnistía de 1977, en virtud de la cual los efectos de esta norma se limitaban a los delitos de naturaleza política, de los que se excluirían los crímenes de lesa humanidad. En cambio, el Tribunal Supremo afirma que “lo que la Ley de Amnistía exigió para incluirlos en su ámbito es que los delitos se digan cometidos con finalidad política”, y es bastante obvio que los crímenes que pretende investigar el juez querellado se cometieron en el contexto de un plan de exterminio del adversario político. Incluso el Tribunal Supremo llega a afirmar que sugerir que la Ley de 1977 constituye un indulto general “constituye una ignorancia inexcusable sobre el alcance de ambos conceptos, tan jurídicamente grosera que no merece mayor aclaración”.

*Juan Santos Vara*

### **Auto del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2010**

*F. Id Cendoj: 28079160612010200030*

La defensa de *Scilingo* interpuso una querrela por un presunto delito de prevaricación contra los jueces de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que lo juzgaron y condenaron en virtud de la sentencia nº 798/2007, de 1 de octubre. Para fundamentar la prevaricación alegada se realiza un paralelismo con la causa abierta contra el Juez Garzón, de modo que, en su caso, la responsabilidad penal debía considerarse extinguida por aplicación de las “leyes de obediencia debida y punto final” y debía respetarse también el principio de la irretroactividad de las normas penales. En opinión

de la defensa de Scilingo, si el auto de Garzón sobre la causa de la guerra civil y los crímenes del franquismo tenía un contenido similar a la sentencia que condenó al querellante, los magistrados que lo juzgaron cometieron el mismo delito que Garzón. La Sala de lo Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo rechaza tajantemente este argumento. En este auto, el Tribunal Supremo realiza un examen comparativo del razonamiento seguido por la Audiencia Nacional en la sentencia de 19 de abril de 2005 con la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007. Este auto nos proporciona una excelente oportunidad para realizar un análisis de alguno de los aspectos más relevantes de la sentencia *Scilingo*, la cual está teniendo importantes repercusiones más allá de nuestras fronteras, de lo que constituye una buena alguno de los casos de los que conoce el Tribunal Especial para Camboya. El caso *Scilingo* es un excelente ejemplo de los progresos que ha logrado la Comunidad internacional en el enjuiciamiento de los responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad sobre la base del principio de jurisdicción universal<sup>22</sup>. Es también el único caso, en el que un ciudadano extranjero ha sido juzgado y condenado por nuestros tribunales en virtud del principio de jurisdicción universal por la comisión de crímenes internacionales en el territorio de otro Estado.

Es preciso recordar que la Audiencia Nacional aplicó en el caso *Scilingo* un tipo penal introducido recientemente en el Código Penal de 1995 en relación con hechos sucedidos con anterioridad<sup>23</sup>. El ordenamiento interno español no se adecuaba hasta el 1 de octubre de 2004 al Derecho internacional al no incluir en el Código Penal la figura de los crímenes contra la humanidad. Por ello, la única tipificación existente de los crímenes contra la humanidad la proporcionaba el delito de genocidio previsto en el artículo 137 bis, 1º del Código Penal de 1973, y en el artículo 607 del Código Penal de 1995 a partir de la entrada en vigor de este Código<sup>24</sup>. Además, los hechos fueron calificados en un primer momento como genocidio por la propia Audiencia Nacional, en virtud del auto de 4 de noviembre de 1998. En cambio, una vez incorporado en nuestro ordenamiento jurídico la figura de los crímenes contra la humanidad, se opta por una visión restringida del delito de genocidio. La Audiencia Nacional concluyó que no resultaba vulnerado el principio de legalidad penal en este caso, pues la figura de los crímenes contra la humanidad existe en el Derecho internacional desde hace varias décadas.

---

<sup>22</sup> Sobre la sentencia *Scilingo* del Tribunal Supremo se pueden mencionar, entre otros, los siguientes trabajos: WILSON, R. J.: “Spanish Supreme Court Affirms Conviction for Argentine Former Naval Officer for Crimes Against Humanity”, *ASIL Insights*, vol. 13, 30 January 2008; SANTOS VARA, J.: “*Scilingo v Spain*, Appeal Judgment No 798/2007; ILDC 1430 (ES 2007), 1 October 2007”, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2011 <http://ildc.oxfordlawreports.com> (en prensa).

<sup>23</sup> Para un examen minucioso de la sentencia *Scilingo* de la Audiencia Nacional, se puede consultar la crónica publicada en la *REEI*, n° 10, 2005.

<sup>24</sup> Esta reforma fue introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, de 26 de noviembre de 2003, p. 41866). Para una visión crítica sobre la omisión del legislador al elaborar el Código Penal de 1995 vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.; ABAD CASTELOS, M.: “Offences against the International Community According to the Spanish Penal Code”, *SYBIL*, vol. IV (1995-1996), pp. 9-12

En cambio, el Tribunal Supremo consideró que el principio de legalidad penal impide la aplicación del artículo 607bis del Código Penal por ser posterior a los hechos. Sin embargo, la condena de Scilingo por la comisión de delitos de asesinato y de detención ilegal, que estaban tipificados tanto en España como en Argentina en el momento de la comisión de los hechos no constituía una vulneración del principio de legalidad. Si bien el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de condenar a Scilingo por crímenes contra la humanidad, examina si el principio de jurisdicción universal permite a los tribunales españoles conocer de unos hechos considerados como crímenes contra la humanidad en el marco del Derecho internacional. El Tribunal Supremo concluye que no parece razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los tribunales internos respecto de los crímenes contra la humanidad cuando los acepta en relación con el genocidio y los crímenes de guerra, que son infracciones esencialmente idénticas en naturaleza y gravedad. El Tribunal afirmó en la sentencia *Scilingo* que “partiendo de los tipos delictivos de asesinato y detención ilegal, las circunstancias relevantes que los acompañan y caracterizan, pueden ser tenidas en cuenta para justificar la extensión extraterritorial de la jurisdicción española” (FJ n° 8).

La defensa de Scilingo alegó que los magistrados que lo juzgaron se inventaron un delito que ni fue objeto de la acusación ni estaba tipificado en el Código Penal, ni se preveía la posibilidad de perseguirlo en el marco de la jurisdicción universal. A este respecto, la Sala Especial del artículo 61 LOPJ deslegitima este razonamiento en los siguientes términos:

“la Sentencia (*Scilingo*) separa nítidamente dos planos. El primero es el de la calificación jurídica y la condena, donde no se aplican otros delitos que los ya señalados (asesinado y detención ilegal). El segundo, el de la persecución de los hechos por los Tribunales españoles, donde sí se hace referencia al delito de “crimen de lesa humanidad”, pero no para crear un nuevo delito y condenar al recurrente sino para justificar si concurren elementos, tanto de derecho interno como de derecho internacional, que atribuyan el conocimiento de los hechos a la jurisdicción española” (FJ n° 5).

Finalmente, la Sala Especial del artículo 61 LOPJ ha de pronunciarse sobre si los magistrados querellados han obviado el hecho de que la responsabilidad penal de Scilingo se había extinguido en virtud de las “leyes de obediencia debida y punto final”, a semejanza de lo sucedido con la Ley de Amnistía dictada en España. Además de que Scilingo no alegó la aplicación de tales leyes en el recurso de casación, la Sala Especial del artículo 61 LOPJ señala que se trata de leyes que ya no estaban vigentes cuando la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se pronunció sobre el caso *Scilingo*. En 2003, el Parlamento argentino declaró nulas las “leyes de obediencia debida y punto final” y, en 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación las declaró también inconstitucionales<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Ley n° 25779, sancionada el 21 de agosto de 2005, *Boletín Oficial de la República de Argentina*, 3 de septiembre de 2003; y sentencia de 14 de julio de 2005.

Si bien el Tribunal Supremo acepta en gran medida el razonamiento seguido por la Audiencia Nacional al aceptar que los crímenes cometidos por Scilingo se pueden categorizar como un crimen de lesa humanidad, rechaza la posibilidad de condenarlo por tal crimen (como se ha señalado anteriormente, se le condena por delitos de asesinato y detención ilegal). Aunque la responsabilidad penal del individuo por crímenes contra la humanidad estaba plenamente aceptada en Derecho internacional en el momento de la comisión de los hechos, en la práctica, los tribunales internos no se suelen atrever a aplicar esta norma si no se encuentra recogida en las normas internas porque las normas internacionales de carácter consuetudinario no contienen previsiones específicas sobre los tipos penales y, en particular, la determinación de la penas a aplicar.

Probablemente, el aspecto más significativo del razonamiento de la sentencia *Scilingo*, que está en el origen del presente auto, es la interpretación realizada del principio de jurisdicción universal. El Tribunal Supremo alteró el orden habitual de su razonamiento, examinando las normas internas que tipifican los crímenes contra la humanidad antes de adentrarse en el examen de su jurisdicción para conocer del asunto. Si bien los crímenes contra la humanidad no se mencionan expresamente en el artículo 23.4 LOPJ, el Tribunal Supremo llevó a cabo una interpretación de esta disposición favorable a su inclusión. A primera vista, parece extraño que los crímenes cometidos por Scilingo se califiquen como simples delitos de asesinato y detención ilegal, pero se acepte la jurisdicción de los tribunales españoles porque constituyen crímenes contra la humanidad en el marco del Derecho internacional. Sin embargo, la nota característica de los crímenes contra la humanidad es que la Comunidad internacional en su conjunto tiene un interés en perseguir a los responsables de la comisión de este tipo de crímenes. En consecuencia, el Derecho internacional reconoce la posibilidad de que cualquier Estado puede ejercer su jurisdicción en relación con este tipo de crímenes sobre la base del principio de jurisdicción universal. Obviamente, el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con los crímenes de lesa humanidad no es aceptable en el caso de que los tribunales del Estado en el que se cometieron los haya investigado o enjuiciado ni cuando se haya cuando se haya atribuido jurisdicción a un tribunal internacional.

*Juan Santos Vara*

#### **4. Jurisdicción universal y Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1166/2010, de 21 de diciembre.** Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín. *RJ/2011/1189*.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 934/2010, de 21 de octubre.** Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín. *RJ/2010/7873*.

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

Estas dos sentencias tienen su origen en sendos recursos de casación interpuestos por los patronos de dos cayucos interceptados en aguas internacionales, dedicados al tráfico

ilegal de inmigrantes, contra la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Las Palmas. Antes de adentrarnos en el estudio de las cuestiones de Derecho internacional que plantean estas dos sentencias, es pertinente recordar que el Tribunal Supremo ha anulado en los últimos años varias sentencias de la Audiencia de Las Palmas, en las que el Tribunal canario declaraba reiteradamente que España carecía de jurisdicción para poder juzgar a los patronos de los cayucos interceptados en aguas internacionales<sup>26</sup>. Afortunadamente, todo parece indicar que la Audiencia de Las Palmas se ha dado cuenta que no puede permanecer impasible ante el tráfico por mar de seres humanos, ya que desgraciadamente numerosas personas pierden o arriesgan la vida en busca de un futuro mejor.

Los recurrentes alegan que los tribunales españoles carecen de competencia para conocer de los hechos al haber sido abordados los buques en aguas internacionales y no haber víctimas españolas ni tener los tripulantes esta nacionalidad. Además, alegan que la modificación del artículo 23.4 de la LOPJ, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre ha limitado la competencia de los tribunales españoles para conocer de los hechos. En ambas sentencias se incluyen amplias referencias a la Convención sobre la Delincuencia Transnacional Organizada de 2000 y al Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la citada Convención. El citado Protocolo contiene detalladas disposiciones para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de inmigrantes por mar. Así, 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”<sup>27</sup>. 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 nacionalidad. Entre las medidas que pueden adoptar los Estados, el Tribunal Supremo recuerda que el artículo 5 de la Convención sobre la Delincuencia Transnacional Organizada de 2000 prevé la obligación de tipificar las conductas delictivas y el artículo 11.2 de la misma Convención establece la obligación de enjuiciar los delitos comprendidos en este instrumento jurídico.

*Juan Santos Vara*

---

<sup>26</sup> Vid. *REEI*, n.º 14, 2007, p. 7 y *REEI*, n.º 17, 2008, p. 6. Para un examen más detallado de esta cuestión, vid. SANTOS VARA, J.: “[Spain v Alvaro and ors, Appeal judgment on admissibility, Case no 582/2007; ILDC 994 \(ES 2007\)](#)”, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2010, <http://ildc.oxfordlawreports.com/>

<sup>27</sup> Art. 8.7 del Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire



#### **IV. ALTA MAR**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 191/2010, de 23 de febrero.** Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro. *RJ/2010/3503*.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 41/2009, de 19 de mayo.** Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Sáenz Valcárcel. *JUR/2010/22511*.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 185/2010, de 3 de marzo.** Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. *RJ/2010/3508*.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1107/2010, de 10 de diciembre.** Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar. *RJ/2010/1177*.

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 559/2010, de 11 de marzo.** Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz. *JUR/2010/123610*.

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

Este grupo de sentencias se enmarcan dentro de una línea jurisprudencial clásica de nuestros tribunales a la hora de examinar la legalidad de los abordajes realizados en alta mar de buques extranjeros o con pabellón de conveniencia dedicados al tráfico ilegal de drogas<sup>28</sup>. Las defensas de las personas condenadas por este tipo de delitos alegan constantemente la ilicitud del abordaje al haberse realizado sin respetar las previsiones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar de 1982 y en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Este tipo de argumentos son rechazados por los tribunales españoles acudiendo a las normas internacionales que regulan la nacionalidad de los buques, la condición jurídica de los buques en alta mar y las facultades de control por parte de las autoridades de otros Estados en caso de realizar inspecciones o llevar a cabo el abordaje.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 tiene su origen en un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2010. Los recurrentes alegaron que se trataba de un barco que navegaba bajo pabellón del Reino Unido, por lo que era preciso recabar la autorización de las autoridades británicas antes de proceder al abordaje. El examen de los argumentos alegados por las partes recurrentes viene precedido en la sentencia del Alto Tribunal de un examen minucioso de las normas que regulan la lucha contra el tráfico de drogas en alta mar:

“Según se recuerda en la STS , la Convención de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1982 sobre los Derechos del Mar, hecha en Montego Bay - instrumento de ratificación fechado el 20 de diciembre de 1996 (RCL 1997,

---

<sup>28</sup> *REEI*, nº 17, 2009, p. 13.

345) (BOE 14 febrero 1997)-, en su art. 108 proclama el principio general de cooperación internacional para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales, regulando en el art. 110 el derecho de visitas respecto de aquellos buques que, o bien no tengan nacionalidad -apartado 1, d)- o se nieguen a izar su pabellón -apartado 1, e). Asimismo, ese derecho de visita, reconocido con carácter general respecto de los buques de guerra, se extiende a cualesquiera otros buques o aeronaves debidamente autorizados, que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno - apartado 5-.

También la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena, instrumento de ratificación 30 de julio de 1990, establece en su art. 17 que las partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar - apartado 1-, añadiendo que toda parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras partes a fin de poner término a esa utilización -apartado 2-.

Además, toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave -apartado 3-. El art. 17.4 de la citada convención recuerda que el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a abordar e inspeccionar la nave. Y si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo” (FJ 12).

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo llegan a la conclusión de que el barco enarbolaba un pabellón de conveniencia, lo que desvirtúa la pretendida vinculación con el Reino Unido y la denuncia en relación con la falta de autorización. El artículo 91 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar exige que exista una relación auténtica entre el Estado y el buque, “circunstancia que este caso no concurre al tratarse de una mera apariencia sin base legal alguna” (FJ nº 12). Además, consta que las autoridades británicas concedieron la autorización para proceder al abordaje del buque con posterioridad, lo que, en opinión del Tribunal Supremo, subsanaba cualquier irregularidad que hubiera podido cometerse.

Es preciso poner de manifiesto que el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo es más elaborado que el seguido por la Audiencia Nacional. Mientras que la Audiencia Nacional no menciona a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito

de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, el Tribunal Supremo incluye amplias referencias al instrumento que articula la cooperación entre Estados en la represión del tráfico del tráfico de drogas por mar<sup>29</sup>. En otro orden ideas, no habría estado de más la inclusión de una referencia expresa al artículo 23.4 de la LOPJ, en el que se incluye, entre los delitos que fundamentan el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los jueces y tribunales españoles, el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. Así, el Tribunal Constitucional afirmó en la conocida Sentencia 21/1997, de 10 de febrero<sup>30</sup>, relativa a la captura del buque panameño *Archelangos* en alta mar que

“ha de tenerse presente, en efecto, que al establecer la extensión y los límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el artículo 23.4f) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos, entre ellos el del apartado f), relativo al “Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes”. Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional”.

Finalmente, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo distinguen claramente entre la obtención del permiso para la autorización del abordaje y la eventual violación de los derechos fundamentales, por lo que el incumplimiento de la norma que requiere la autorización del Estado del pabellón afectaría únicamente a las relaciones entre los Estados partes de la Convención de Viena de 1988, pero no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso. A este respecto, el Tribunal Supremo señala constantemente en su jurisprudencia 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, máxime cuando las normas de Derecho Penal Internacional, contenidas en el art. 23 LOPJ, establecen, sin duda, la

<sup>29</sup> A esta omisión se refiere E. DIEZ PERALTA en el comentario realizado de la sentencia de 19 de mayo de 2009 (“Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Público”, *REDI*, 2010, nº 1, p. 167).

<sup>30</sup> Vid. El comentario sobre esta sentencia de J. ZAVALA SALGADO, *REDI*, 1997, nº 2, pp. 165-169.

competencia universal de la jurisdicción española para conocer de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes" (FJ nº 12).

Asimismo, en las sentencias de 3 de marzo y de 10 de diciembre de 2010, el Tribunal Supremo examina la regulación incluida en la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar de 1982 y en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. En la sentencia de 10 de diciembre de 2010, el Tribunal Supremo parece dar a entender que el artículo 97 de la Convención de Montego Bay es base jurídica suficiente para autorizar el abordaje y el apresamiento de buques, si bien se menciona a continuación el artículo 17 de la Convención de 1988. Sin embargo, el artículo 97 se refiere únicamente al ejercicio de la jurisdicción penal en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación en relación con el capitán o cualquier otra persona al servicio del buque, y señala que “no podrá ser ordenado el apresamiento ni la retención del buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado del pabellón”.

En el auto del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010 se incluyen también amplias referencias a los convenios internacionales que regulan las relaciones entre Estados en la represión del tráfico de drogas. Se pone también de manifiesto que se ha respetado escrupulosamente las normas internacionales, pues se solicitó previamente la autorización para el abordaje a las autoridades del Estado del pabellón, que era de las Islas Vírgenes Británicas pertenecientes al Reino Unido. Esta sentencia ofrece la particularidad de que se menciona también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 para fundamentar la jurisdicción de los tribunales españoles, en la que se prevé que un Estado parte podrá establecer su jurisdicción para conocer de una serie de delitos, entre los que se incluye el tráfico ilícito de estupefacientes “cuando se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio”. Igualmente, se pone de manifiesto que la limitación del ámbito de la jurisdicción universal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009 no afecta en modo alguno al conocimiento de los hechos por los tribunales españoles, pues existe un claro vínculo de conexión relevante con España.

Este auto también presenta un cierto interés desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. El recurrente alegó la afectación del principio *ne bis in idem* como consecuencia de la existencia de un procedimiento en Francia por los mismos hechos. A este respecto, el Tribunal Supremo señala que la tramitación simultánea de dos procedimientos penales contra una misma persona sobre unos mismos hechos en dos Estados diferentes no supondría que los órganos jurisdiccionales españoles tuvieran que declarar su incompetencia de jurisdicción, sino que la cuestión habría de ser canalizada a través de los mecanismos previstos para facilitar la cesión de jurisdicción. Se menciona el Convenio del Consejo de Europa de 1973 sobre la transmisión de Procedimientos Penales en Materia Penal, que no ha sido firmado ni por Francia ni por el Reino Unido, y la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los

procesos penales<sup>31</sup>. Esta Decisión Marco pretende prevenir la violación del principio *ne bis in idem*, incluido en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. En la Decisión Marco de 2009 se prevén una serie de disposiciones destinadas a regular la cooperación entre las autoridades de los Estados con el objetivo de evitar la sustanciación de procesos penales paralelos por los mismos hechos.

*Juan Santos Vara*

## **V. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2. CE.**

### **1. Aplicación del artículo 10.2 de la Constitución Española**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 11 de febrero de 2009.** Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez. *RJ 2009/1878.*

*F: Aranzadi (Westlaw)*

Sintetizar la polémica de fondo de esta sentencia, así como sus múltiples aristas y secuelas en la jurisprudencia subsiguiente de los Tribunales Superiores de Justicia, es tarea que excede con mucho las pretensiones de esta crónica. En efecto, la legalidad de la asignatura de Educación para la Ciudadanía, introducida en los planes de estudio de los estudios escolares de nuestro país mediante la Ley Orgánica 2/2006, de Educación<sup>32</sup>, ha constituido uno de los focos de debate sociales, políticos y jurídicos donde han cobrado especial relevancia el contenido y la extensión de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, los límites a la intervención del Estado en la educación pública, así como la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia. Este debate ha tenido una inevitable proyección en sede jurisdiccional, donde además no se han escatimado esfuerzos para encontrar fundamentos jurídico-internacionales que justifiquen una u otra posición, integrándolos en el ordenamiento jurídico español por la vía del art. 10.2 CE.

A pesar de las decenas de sentencias en la materia, adoptadas tanto por el Tribunal Supremo como por varios Tribunales Superiores, la que aquí comentamos fue la primera en la que el Alto Tribunal unificó doctrina respecto de la legalidad de la asignatura Educación para la Ciudadanía. La regulación constitucional de la libertad de religión se recoge en los tres párrafos del artículo 16 CE, donde se protege este derecho bajo el principio de neutralidad y se prevé que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española”. Por su parte, el artículo 27 CE

---

<sup>31</sup> DO L 328, de 15.12.2009, p. 42.

<sup>32</sup> A su vez desarrollada por sendos Reales Decretos: RD 1513/06, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, RD 1631/06, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria; y RD 1467/07, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas.

reconoce el derecho a la educación, precisando en su tercer párrafo que “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Finalmente, es obligada la referencia al artículo 30.2 CE, única disposición de la Constitución que reconoce un derecho a la objeción de conciencia, restringiéndola al ámbito del rechazo a cumplir con obligaciones militares.

Más allá de la respuesta concreta a las preguntas planteadas ante el Tribunal Supremo, órgano que desde luego no resolvió todas las sombras de legalidad que la citada asignatura plantea (de hecho, más bien sentó la doctrina general para dejar los detalles a los Tribunales Superiores de Justicia<sup>33</sup>), desde el punto de vista jurídico-internacional la sentencia adquiere gran interés por varios motivos. En primer lugar, se acude con frecuencia a numerosos instrumentos internacionales, tanto jurídicamente vinculantes como de *soft-law*, como punto de referencia para interpretar el contenido de los preceptos constitucionales. Entre estos últimos podemos citar no sólo la Recomendación 2002 (12) del Comité de Ministros del Consejo de Europa y una Recomendación Conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, de 18 de diciembre de 2006, sino la misma Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDF) antes de su entrada en vigor, cuyo estatus jurídico seguía siendo indeterminado. En segundo lugar, se discute con extensión la aplicabilidad de la jurisprudencia del TEDH en materia de objeción de conciencia en dos supuestos que podrían ser análogos, los que dieron lugar a las sentencias *Folgero c. Noruega* y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*<sup>34</sup>. Y por último, algunos Votos particulares valoran la aplicabilidad del derecho a la objeción de conciencia reconocido por art. 10.2 Carta de Derechos Fundamentales de la UE independientemente de que no estemos en un caso de aplicación del Derecho de la UE en el sentido del art. 51.1 de citada Carta.

Nos detendremos un momento en el primero y el tercer puntos. Aunque desde luego no resulte novedoso, no deja de ser destacable que estos Votos particulares integren por la vía del 10.2 CE derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE antes de adquirir ésta fuerza vinculante. El fenómeno es de sobra conocido y ha sido oportunamente estudiado por la doctrina<sup>35</sup>, y en el caso concreto de esta sentencia, ha sido objeto de alguna crítica debido a ciertas imprecisiones técnicas en la formulación escogida por uno de los jueces discrepantes<sup>36</sup>. Tampoco es especialmente innovador,

<sup>33</sup> HUERTA GARICANO, I.: “A vueltas con la asignatura de educación para la ciudadanía”, *REDA*, nº 146, 2010, pp. 389 y ss.

<sup>34</sup> La primera es de 20 de junio de 2007, nº 15472/2002; la segunda, de 9 de octubre de 2007, nº 1448/04.

<sup>35</sup> *Cfr.* p.e. ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARIA, M. P.: “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la práctica española”, *RDUE*, nº 15, 2º semestre, 2008, pp. 233 y ss.

<sup>36</sup> En efecto, se ha apuntado que es impreciso afirmar, como hace el Magistrado Gómez Rivas en su Voto particular, que la Carta ha sido “incorporada al Derecho Comunitario Europeo por el Tratado de Lisboa”. Aún más relevantes son las referencias al hecho de que la Carta ha sido “ratificada”, así como a la fecha de 1 de enero de 2009 como fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa (MARÍN AÍLS, R.: “Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Público”, *REDI*, Vol. LXII, nº 1, 2010, pp. 191-192). No se puede pasar por alto, de todas maneras, la rica argumentación jurídica seguida por el citado

aunque siga siendo loable, que los jueces extiendan la protección de los ciudadanos por la vía jurisprudencial aplicando la Carta de Derechos Fundamentales de la UE a supuestos que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la UE en el sentido del art. 51.1 de la Carta. En efecto, ya se ha apuntado respecto de esta posibilidad que

“La Carta permeabiliza nuestro patrimonio de derechos y difícilmente la ciudadanía va a abstenerse de invocar la Carta si sirve a su mayor y mejor protección. También difícilmente un juez ante el que se invoque la Carta la va a desechar o va a inhibirse de su interpretación y aplicación en un ámbito de soberanía nacional (...) Los derechos fundamentales de que gozan los ciudadanos en los países democráticos son muy parecidos o iguales, produciéndose una permeabilización entre ordenamientos jurídicos prácticamente sin límite”<sup>37</sup>

Por el contrario, es verdad que la sentencia del Tribunal Supremo se muestra más prudente y extrae las siguientes conclusiones respecto del 10.2 Carta de Derechos Fundamentales de la UE:

“Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado; y es probable que tras la mención específica a la Carta en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla deba ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor. Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado” (FJ nº 8).

Lo que merece a nuestro juicio mayor cuestionamiento es la interpretación que se hace del contenido del art. 10.2 de la Carta, más concretamente, la conclusión apuntada por los Magistrados González Rivas y Peces Morate sobre el reconocimiento expreso de un derecho general a la objeción de conciencia en el parco texto de esta disposición. Y es que se ha afirmado que “resulta difícil extraer un contenido jurídico propio” del referido artículo<sup>38</sup>, o que “se trata por tanto de un derecho que está condicionado a su *reconocimiento* por las legislaciones nacionales”<sup>39</sup>. Deducir del art. 10.2 Carta de

---

Magistrado a la hora de repasar el régimen internacional del derecho a la educación y la objeción de conciencia.

<sup>37</sup> MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 51. Ámbito de aplicación”, en *Idem* (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 816.

<sup>38</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Artículo 10. Libertad de pensamiento, conciencia y religión”, *ibid.*, p. 266.

<sup>39</sup> ABAD ALCALÁ, L.: “El respeto a las libertades fundamentales (II): las libertades fundamentales en el Tratado de Lisboa: ideológica y religiosa, de expresión e información, y reunión y asociación”, en BENEYTO PÉREZ, J. M<sup>º</sup> (Dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.):

Derechos Fundamentales la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia incluso en aquellos Estados donde no se reconoce esta garantía es una operación jurídica cuanto menos poco evidente; no es casualidad por ello que la mayoría de los jueces concluyera que

“El art. 10.2 de la Carta (...) requiere expresamente una *interpositio legislatoris* para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule” (FJ nº 8).

Además, aunque es verdad en este caso no constituyen una gran ayuda<sup>40</sup>, se echa en falta tanto en los Votos discrepantes como en la misma Sentencia una referencia a las Explicaciones de la Carta, fuente de primordial importancia para comprender el alcance de los derechos en ella recogidos.

Más allá de estos detalles de mayor o menor relevancia, la sentencia es otro ejemplo de las potencialidades del mandato constitucional del art. 10.2 CE y de las virtualidades de la Carta de Derechos Fundamentales, permeable en ámbitos bien alejados del Derecho de la UE.

*Asier Garrido Muñoz*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 11 de mayo de 2009.** Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. *RJ 2009/4279*

*F: Aranzadi (Westlaw)*

Nuevamente se discute en este caso al alcance del derecho a la objeción de conciencia, y nuevamente se invoca el art. 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales. El contexto es empero diferente del que dio lugar a la sentencia de 11 de febrero. En efecto, mientras que en aquélla se discutía si el derecho a la objeción de conciencia se aplica en el ámbito de la educación, aquí el Tribunal Supremo se enfrentaba a un recurso de alzada contra una resolución del CGPJ que denegaba al recurrente el derecho a no ejercer sus funciones como juez encargado del Registro Civil, cuando se le exigía inscribir matrimonios homosexuales en el mismo.

El recurrente invocó el antiguo art. II-70 de la fallida Constitución Europea. La sentencia del Tribunal Supremo rechazó sus pretensiones interpretando la aplicabilidad al caso del equivalente actual, el art. 10.2 de la Carta. Los argumentos vuelven a ser los mismos que los de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero (los derechos reconocidos en la Carta sólo son exigibles cuando se aplica Derecho de la Unión y la redacción del art. 10.2 de la Carta parece implicar la necesidad de una *interpositio legislatoris*; en otras palabras, no hay reconocimiento expreso de un derecho a la objeción de conciencia más allá de lo que digan los sistemas jurídicos nacionales).

---

*Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, p. 493.

<sup>40</sup> Pues se limitan a afirmar que “el derecho garantizado en el apartado 2 corresponde a las tradiciones constitucionales nacionales y a la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia”.



Ahora bien, resulta interesante considerar la siguiente fórmula, expresada por el Tribunal Supremo en el FJ nº 6:

“tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla *debe ya ser* utilizada como canon interpretativo”<sup>41</sup>.

Compárese con la exhibida por el FJ nº 8 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero:

“(…) *es probable* que tras la mención específica a la Carta en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla deba ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor”<sup>42</sup>

Frente al lenguaje más prudente de esta última, la sentencia de 11 de mayo de 2009 se atreve a proclamar la obligatoriedad de la Carta, por la vía del art. 10.2 CE, incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. A tales efectos basta con el instrumento de ratificación aprobado por las Cortes Generales, incluso aunque el art. 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados “sólo” obligue a no frustrar el objeto y el fin del tratado en este tipo de circunstancias.

*Asier Garrido Muñoz*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 27 de abril de 2010.**

Ponente: D. Javier Delgado Barrio. *RTC 2010/9*

*F: Aranzadi (Westlaw)*

En este caso se discutió el contenido del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación protegido por el artículo 14 de la Constitución en el contexto de una sucesión testamentaria. El origen del caso se remonta a un testamento otorgado en 1927 en el que el testador, fallecido en 1945, dispuso una sustitución fideicomisaria en la que sus hijos se debían suceder unos a otros en la herencia en la medida en que murieran sin hijos legítimos. De ocurrir lo contrario, es decir, de fallecer alguno de los hijos beneficiado por la herencia con algún hijo legítimo, serían estos los que debían heredar los bienes del abuelo. Dado que los dos primeros hijos murieron sin descendencia, la herencia fue reclamada por las dos hijas adoptivas del tercer instituido una vez fallecido éste.

La demanda en la que se reclamaba el dominio por título hereditario de una serie de bienes del testador fue rechazada en primer lugar por la Audiencia Provincial de Barcelona, y luego por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El problema de fondo radicaba en determinar si la noción de “hijos legítimos”, tal y como se encontraba redactada en el testamento, comprendía a los hijos

---

<sup>41</sup> Énfasis añadido

<sup>42</sup> Énfasis añadido.

adoptivos. Tanto la Audiencia Provincial de Barcelona, como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estimaron que la citada expresión debía ser interpretada de dos modos posibles que conducían a la misma conclusión: a la luz del significado de las palabras en 1927, o en 1945, cuando falleció el testador. Es claro que en ambos momentos “hijos legítimos” eran los habidos siguiendo las normas dictadas por el Derecho canónico.

El Tribunal Constitucional se apoyó en el mandato constitucional del art. 10.2 CE para interpretar el significado de la expresión a la luz de su significado *en el momento de verificarse la condición correspondiente a la sustitución fideicomisaria*; es decir, mucho después de la entrada en vigor de la Constitución y de su artículo 14 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional encontró un claro apoyo en la Sentencia del TEDH en el asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*<sup>43</sup>. En efecto, en ésta el Tribunal de Estrasburgo condenó al Estado demandado no por una concreta disposición legislativa del Estado en materia de sucesiones, sino por una decisión judicial que interpreta un testamento en el contexto social de un Estado parte en el CEDH. En un supuesto análogo al del caso de autos, el TEDH concluyó que el testamento ha de ser interpretado, si es posible, a la luz de las realidades sociales del momento, y no de las existentes cuando se hizo la declaración de voluntad.

El Tribunal Constitucional interpretó correctamente el valor de este precedente y, por la vía del mandato del art. 10.2 CE, integró en el orden constitucional español la doctrina en él defendida. Por ello concluyó, en definitiva, que las dos hijas adoptivas del tercer sucesor fideicomisario habían sido objeto de discriminación *ex art. 14 CE*.

La sentencia cuenta con el voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata. Aunque el voto se muestra comprensivo con la relevancia de la decisión del TEDH en el caso concreto, entiende por un lado que las prohibiciones de discriminación del art. 14 CE no deben proyectarse sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*, y por otro que haber llegado a la conclusión contraria a la ofrecida por el Tribunal Constitucional no habría supuesto en ningún caso una violación de la cláusula del art. 14 CE.

*Asier Garrido Muñoz*

### **Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 18 de octubre de 2010.**

Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera. *RTC 2010/73*.

*F: Aranzadi (Westlaw)*

Fue el mismo Tribunal Constitucional el que planteó cuestión interna de constitucionalidad en relación con los arts. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, por posible vulneración del art. 25.3 de la Constitución. De acuerdo con este último, “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

---

<sup>43</sup> TEDH, *Pla y Puncernau c. Andorra*, sentencia de 13 de julio de 2004, nº 69498/01.

La cuestión interna emergió en el seno del recurso de amparo nº 6925/2004, relativo a la sanción a un Guardia Civil con una pena de tres días de arresto por una falta leve consistente en el cumplimiento inexacto de órdenes superiores. De acuerdo con el recurrente en el procedimiento de origen, la medida de que la que fue objeto violaba varios derechos reconocidos en la Constitución, como el derecho a la libertad personal (art. 17.1 en relación con el art. 25.3 CE) -dado que se le había impuesto una medida privativa de libertad por la Administración que, por mandato constitucional, no puede imponer este tipo de sanciones-; el art. 17 CE por ser de aplicación las garantías procesales del art. 24.2 CE; y en un plano más general el derecho de defensa y la presunción de inocencia contenido en el art. 24 CE.

Hay que tener en cuenta que el art. 25.3 CE permite *a contrario* las sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración militar. En el caso de la Guardia Civil, dada su naturaleza mixta a medio camino entre lo civil y lo militar, la clave del asunto era determinar cuándo las funciones que realiza pueden ser reconducidas al ámbito militar, y por ende ajustarse al mandato constitucional del art. 25.3 CE cuando se imponen penas privativas de libertad por falta leve en el ejercicio de tales funciones.

El caso aquí presentado podría haber quedado sin objeto en la medida en que la nueva Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil reducía el interés práctico de una eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo cuestionado. Dado el fin de modernizar este Instituto armado, el apartado II del Preámbulo reconoce expresamente que

“La aplicabilidad del Código Penal Militar, en su integridad, al Cuerpo de la Guardia Civil, pasa a quedar circunscrita a aquellas situaciones extraordinarias que, por su propia naturaleza, exigen dicha sujeción, como sucede en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio y en el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en Unidades Militares”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró admisible de todas maneras la cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido, y en contra del criterio del Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, avaló la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas. Para ello, el grueso de su argumentación se basó en una interpretación del art. 25.3 CE en virtud el mandato constitucional recogido en el art. 10.2 CE.

La aplicabilidad de la doctrina del TEDH relativa a los arts. 5 y 6 del Convenio quedaba en este caso limitada por la reserva española declarada de conformidad con el art. 64 CEDH, a la que también se refiere otro apartado de esta Crónica de jurisprudencia. En su versión original, propuesta en el momento de ratificar el Convenio el 4 de octubre de 1979, España se reservaba la aplicación de ambos preceptos en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones del Código de Justicia Militar. La reserva se actualizó el 24 de septiembre de 1986 para incluir en su ámbito de aplicación *ratione materiae* la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

La sentencia del TEDH en el asunto *Dacosta Silva c. España*<sup>44</sup> interpretó los términos exactos de esta reserva para evitar que fuera aplicada de manera extensiva. Dos fueron los vectores principales que siguió el Tribunal de Estrasburgo al respecto. En primer lugar, determinó que el texto de la reserva se refería únicamente al régimen de las Fuerzas Armadas, y no al de la Guardia Civil. En segundo lugar, y siguiendo al respecto la doctrina establecida en *Belilos c. Suiza*<sup>45</sup>, recordó que las reservas no pueden aplicarse de manera preventiva a normas promulgadas posteriormente a la comunicación de las mismas. En este sentido, el Tribunal aplicó el art. 57.1 del CEDH, que limita a la aplicabilidad de las reservas a “leyes en vigor” en territorio de que se trate y exige en su segundo párrafo una “breve exposición” de la ley de que se trate. Concluir lo contrario habría supuesto aceptar una reserva contraria al objeto y el fin del Tratado, en el sentido del art. 19 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Por todo ello, en definitiva, la Ley Orgánica 11/1991 no estaba excluida del ámbito de aplicación de los arts. 5 y 6 CEDH en virtud de lo dispuesto en la reserva al Convenio propuesta por España, pues desde 1991 la Guardia Civil es una “fuerza y cuerpo de seguridad del Estado”, y no una “fuerza armada”, tal y como el mismo TC ha reconocido en la sentencia 14/1999 de 22 de febrero.

Aplicada esta doctrina al caso de autos, el Tribunal Constitucional entendió que el art. 25.3 CE no permite a las autoridades o mandos de la Guardia Civil imponer sanciones que impliquen privación de libertad cuando estamos ante actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la Ley les encomienda. Dado que dicho precepto constitucional ha de interpretarse, pues, no sólo en sentido formal, sino también material, la conclusión del Tribunal fue que los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley Orgánica 11/1991 debían ser declarados inconstitucionales.

La sentencia evidencia una irreprochable deferencia hacia la jurisprudencia del TEDH respecto del alcance de la reserva española relativa a la aplicabilidad de los artículos 5 y 6 CEDH a las Fuerzas Armadas, que aplica en los puntos más relevantes de la argumentación seguida. Pudiendo haber acudido simplemente a la sentencia 14/1999, no dudó en fundamentar su razonamiento en la sentencia del TEDH en el asunto *Dacosta Silva c. España*, lo cual no deja de constituir un sano diálogo entre tribunales sobre la base de la disposición integradora del art. 10.2 CE.

*Asier Garrido Muñoz*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 18 de octubre de 2010.**

Ponente: D. Javier Delgado Barrio. *RTC 2010/63*

*F: Aranzadi (Westlaw)*

Desde hace unos años el Tribunal Constitucional ha venido recibiendo una serie de recursos de amparo contra decisiones judiciales de no investigar casos de supuesta tortura o malos tratos protagonizados por los cuerpos y seguridad del Estado sobre personas sujetas a detención policial, posiblemente incentivados por la decisión del

---

<sup>44</sup> TEDH, *Dacosta Silva c. España*, sentencia de 2 de febrero de 2007, nº 69966/01.

<sup>45</sup> TEDH, *Belilos c. Suiza*, sentencia de 29 de abril de 1988, nº 10328/83

TEDH en la sentencia recaída en el asunto *Martínez Sala y otros c. España*<sup>46</sup>, primera ocasión en la que España fue condenada por incumplir su deber de investigar y eventualmente sancionar presuntos actos de tortura o malos tratos cometidos por las Fuerzas de Seguridad. Los asuntos de referencia a este respecto son las sentencias 224/2007, de 22 de octubre, y 34/2008, de 25 de febrero. Ambas fundamentan la doctrina del Tribunal Constitucional en la copiosa jurisprudencia del TEDH sobre la interpretación del art. 3 del Convenio a la luz de la teoría de las obligaciones positivas. En términos simples, ello se traduce en que en aquellos supuestos en los que se adopten decisiones de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes, la autoridad judicial deberá tener en cuenta el especial deber de diligencia que le exigen los arts. 15 y 24 CE.

En el caso que comentamos acudió en demanda de amparo una mujer detenida en Valencia por la Policía Nacional por su supuesta vinculación con la banda terrorista ETA. Horas más tarde fue trasladada a un hospital donde se hicieron constar mareos y una posible ansiedad. Las declaraciones que remite el parte eran algo confusas y contradictorias, aunque en cierto momento daban constancia de haber sido objeto de malos tratos cometidos en los calabozos de la comisaría. Días más tarde, a su llegada a las dependencias de la Comisaría General de Información de Madrid, fue reconocida por el médico forense del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional.

En abril de 2005 se formuló denuncia por torturas en un Juzgado de San Sebastián. Los hechos que la motivaban consistían en una serie de golpes y amenazas con el objetivo de que prestara declaración sobre su colaboración con la banda terrorista ETA. Según la denuncia, se habían producido tanto en las dependencias policiales de Valencia como las de Madrid. En consecuencia, se solicitaba la práctica de una serie de diligencias judiciales con el fin de esclarecer los hechos e identificar a sus eventuales responsables.

La causa fue remitida al Juzgado de Instrucción núm. 14 de Valencia que dictó un Auto de sobreseimiento libre de la causa. En él se censuraba con dureza la actitud de la denunciante, afirmando que su único fin era “minar la labor que día a día realizan los miembros y cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio legítimo y social de sus funciones”, que la denuncia fue efectuada “a la ligera”, por lo que la calificaba de “venganza a la actuación policial”. Posteriores recursos dieron lugar a decisiones judiciales de tono similar.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Ministerio Fiscal llegaron a conclusiones diametralmente opuestas a las soluciones ofrecidas por las instancias por las que pasó la denuncia. El Tribunal se refirió expresamente a las decisiones del TEDH en *Kmetty c. Hungría*, la citada *Martínez Sala y otros c. España* y *San Argimiro Isasa c. España*<sup>47</sup>,

---

<sup>46</sup> TEDH, *Martínez Sala y otros c. España*, sentencia de 2 de noviembre de 2004, nº 58438/00. *Vid.*, sobre esta decisión, RUILOBA ALBARIÑO, J.: “La Sentencia del Tribunal Constitucional en el asunto Martínez Sala y otros contra España. Crónica de una muerte anunciada”, *REDI*, 2005, Vol. 57, Nº 1, pp. 209 y ss.

<sup>47</sup> TEDH, *Kmetty c. Hungría*, sentencia de 16 de diciembre de 2000, nº 57967/00; *San Argimiro Isasa c. España*, sentencia de 28 de septiembre de 2010, nº 2507/07.

así como la creciente jurisprudencia constitucional en la materia. De esta manera, recordó que

“el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE” (FJ nº 2)

En este sentido, el canon reforzado de investigación exigido en materia de torturas y malos tratados no impone una obligación de resultado, sino más bien

“una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma (...) Respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de las autoridades policiales, de las Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos (...)” (FJ nº 2)

El Tribunal terminó aceptando la demanda de amparo porque, en primer lugar, la resolución judicial del Juzgado de Instrucción valenciano rechazó sin base suficiente los argumentos de la denunciante, y en segundo lugar, debido a que

“el limitado marco de averiguación de que ha dispuesto el órgano judicial resulta a todas luces insuficiente para poder descartar toda sospecha de malos tratos”

En definitiva, en esta sentencia se aplicó de nuevo con rigor y coherencia la doctrina del TEDH sobre el deber de investigar las denuncias de malos tratos. Por ello no se aceptaron ninguno de los argumentos relativos a la ausencia de signos físicos de violencia en el cuerpo de la recurrente en amparo o al carácter confuso de sus declaraciones recogido en el parte médico realizado en un hospital valenciano. Y es que (citando, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2008), se recordó que

“el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica” (FJ nº 3)

De esta manera, el Tribunal Constitucional se acerca nuevamente a la tesis del TEDH sintetizada en *Ribitsch c. Austria*<sup>48</sup>, según la cual, cuando se constatan malos tratos durante la estancia de una persona bajo custodia de las fuerzas de seguridad de un Estado, la presunción se invierte y corresponde al Estado probar que él no fue el responsable de dichos hechos<sup>49</sup>. Sólo que en este caso, más que constatación, lo que hubo fue más bien una “mera” denuncia, de ahí el deber agravado de investigar.

*Asier Garrido Muñoz*

## **2. Derecho a una doble instancia penal**

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 12 de febrero de 2009.** Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde. *RTC 2009/44*

**Auto del Tribunal Constitucional, de 6 de mayo de 2009.** Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde. *RTC 2009/136*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 7 de mayo de 2009.** Ponente: Excm. Srª Isabel García García-Blanco. *RJ 2009/256141*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 17 de noviembre de 2009.** Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín. *RJ 2010/2004*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1ª), de 14 de abril de 2010, de 14 de abril de 2010.** Ponente: Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta. *RJ/2010/4287*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 29 de septiembre de 2010.** Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater. *RJ/2010/7645*

El siguiente grupo de sentencias analiza diversos aspectos del derecho a la segunda instancia penal en relación con la doctrina del Comité de Derechos Humanos respecto de la interpretación del art. 14.5 PIDCP. Aunque anteriormente aportáramos razones para no referirnos específicamente a la primera de estas sentencias en el contexto de la aplicación de jurisprudencia internacional por la vía del art. 10.2 CE, lo cierto es que ahora resulta oportuno anotar la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la invocación del art. 14.5 PIDCP en el contexto de la ilegalización de partidos políticos. Recordemos brevemente que el recurso de amparo fue interpuesto por una serie de

---

<sup>48</sup> TEDH, *Ribitsch c. Austria*, sentencia de 4 de diciembre de 1995, nº 18896/91.

<sup>49</sup> Previamente se había aplicado esta presunción en la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2004, de 9 de febrero. *Vide* a este respecto nuestros respectivos comentarios a estas sentencias en GARRIDO MUÑOZ, A.: “Falcón Ros v Section N 4 of the Provincial Court of Murcia, Constitutional appeal judgment of the Constitutional Court, ILDC 1421 (ES 2008)”, y “Dorprey v First Instance Criminal Court N 7 of Valencia, Constitutional appeal, ILDC 1418 (ES 2007)”, en *International Law in Domestic Courts*, disponibles en <http://www.oxfordlawreports.com/>.

agrupaciones electorales vascas (D3M, Demokrazia 3 Milioi y otras) contra la Sentencia de la Sala del 61 del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 2009, que las declaró ilegales por vulnerar la Ley de Partidos Políticos. Entre los argumentos aportados, se encontraba el de la vulneración del derecho a la segunda instancia contra la decisión de la Sala del 61 del Tribunal Supremo.

Al Tribunal Constitucional le bastó con recordar la jurisprudencia asentada en la sentencia 110/2007, de 10 de mayo. En efecto, para al Tribunal,

“dada su naturaleza contencioso-electoral y no sancionatoria, ninguna relevancia tiene la aducida vulneración del derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sea sometido a la revisión de un Tribunal superior (...) pues, como es sobradamente conocido, dicha garantía sólo adquiere rango constitucional en relación con los procedimientos penales, al margen de los cuales la garantía de la doble instancia judicial es de configuración legal (...) No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de determinados recursos, que la Ley no prevé para este supuesto. Es posible, en abstracto, tanto su inexistencia como condicionar legislativamente su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos, lo que, expresamente, hemos considerado aplicable en los procedimientos Contencioso-Administrativo (...) y compatible con la Constitución” (FJ nº 12).

En términos más simples, los procesos contencioso-electorales no son susceptibles de ser protegidos con el derecho a una segunda instancia penal al no poder calificarse como tales de penales. Cabe plantearse si esta solución se ajusta a los conceptos autónomos de “acusación de carácter penal” que han venido recogiendo tanto el TEDH como el Comité de Derechos Humanos en numerosas decisiones interpretativas de los arts. 6.1 CEDH y 14.1 PIDCP. En efecto, ambos órganos han venido enfatizando a lo largo de los años que “penal” no es necesariamente aquel litigio que sea calificado como tal en virtud del derecho interno del Estado, sino más bien el que resulte de la ponderación de una serie de criterios similares, aunque no idénticos, en las decisiones de ambos órganos internacionales de supervisión: aparte de las categorías del derecho interno, la naturaleza de la infracción y la naturaleza y gravedad de la pena impuesta<sup>50</sup>.

El segundo de los asuntos citados tiene su origen en la condena en instancia de la recurrente en amparo por una Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2004, como autora de una serie de delitos relacionados con el tráfico de drogas. Entre los motivos alegados ante el Tribunal Constitucional, se encontraba el relativo a la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) como consecuencia de la

---

<sup>50</sup> En el caso del TEDH, *cf.* por todas la clásica *Engel c. Países Bajos*, sentencia de 8 de junio de 1976, nº 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. En lo que respecta al CDH la articulación de una teoría del concepto de “acusación penal” se encuentra menos perfeccionada. *Vide* NOWAK, M.: *International Covenant on Civil and Political Rights. ICCPR Commentary*, 2ª Ed., Engel, 2005, pp. 316 y ss.



inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo, que el recurrente entiende irrazonable y arbitraria, y que por ende le privaron de los citados derechos.

El Auto del Tribunal Constitucional recuerda su conocida (y discutida<sup>51</sup>) jurisprudencia previa en la materia en el sentido de reconocer una

“asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto” (FJ nº 2).

Dado que la respuesta ofrecida por el Tribunal Supremo a las pretensiones de la recurrente no fue “arbitraria ni irrazonable”, sino más bien “congruente con las alegaciones de la recurrente”, el Tribunal Constitucional no estimó que se hubiera producido en este punto vulneración alguna de derechos fundamentales.

En tercer lugar encontramos la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2010, con origen en un recurso contra una resolución del Secretario de Estado de Justicia desestimatoria de la reclamación indemnizatoria por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

El recurrente, diputado de las Cortes de Castilla-La Mancha, fue condenado por sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como autor de un delito de falsedad en documento privado. En noviembre de 2004 el Comité de Derechos Humanos emitió un dictamen en el que se manifiesta que España había vulnerado el art. 14.5 del PIDCP al no haber habido revisión de la condena<sup>52</sup>. Siguiendo esta línea, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo se argumenta que el funcionamiento anormal de la justicia se justifica en la privación de un recurso efectivo frente a la Sentencia de la Sala Segunda del Comité.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso en dos fases argumentativas sucesivas. En primer lugar, volvió a insistir en el hecho de que los dictámenes del Comité, “no son resoluciones judiciales, al carecer de facultades jurisdiccionales, ni pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto (...)”<sup>53</sup>. En segundo lugar, interpretó el artículo 2(3)

---

<sup>51</sup> SESÉ, O.: “España incumple el Derecho internacional”, *El Mundo*, 15 de marzo de 2010, quien considera la respuesta española a las críticas del Comité de Derechos Humanos como “mero voluntarismo”. Para una síntesis de la doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre la materia, *cfr.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (Dir.): *España y los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos*, Ed. Dílex, Madrid, 2010, pp. 83 y ss.

<sup>52</sup> *Jesús Terrón c. España*, dictamen de 5 de noviembre de 2004, nº 1073/2002

<sup>53</sup> FJ nº 2.

PIDCP en sentido de no imponer una obligación de indemnizar *directamente* a la víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Pacto:

“(…) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no impone a los Estados Parte el deber de indemnizar de manera inmediata y directa a los perjudicados, cuando el Comité de Derechos Humanos concluya que un Estado Parte ha violado los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, sino la obligación de articular un procedimiento que haga posible reclamar la indemnización que proceda. Por esta razón, el Dictamen del Comité que sirve de fundamento a la pretensión del recurrente, advierte que el Estado español ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha violado el Pacto, y debe “proporcionar un recurso efectivo y aplicable en el caso de que se haya comprobado una violación” (FJ nº 2)

Dado que el PIDCP no determina en ningún momento los *judicial remedies* aplicables en el sistema jurídico de los Estados partes, la demanda debía ser rechazada. Tanto más cuanto que, según el Tribunal Supremo, la doble instancia penal

“no está contemplada dentro de nuestra normatividad positiva, por lo que en ningún caso estaríamos ante un funcionamiento “anormal” de la Administración de Justicia” (FJ nº 3)

En resumen, la sentencia se desentiende nuevamente de las obligaciones exigidas por el Pacto bajo el argumento del carácter no definitivo de las interpretaciones del Comité. Por ello, desestima cualquier vía procesal para compensar al ciudadano por el incumplimiento de las exigencias procesales derivadas del Pacto.

En lo que respecta a la cuarta de las sentencias citadas, el recurso que la motivó fue interpuesto por un ciudadano español detenido por los Mossos d'Esquadra cuando conducía su vehículo en posesión de estupefacientes, armas blancas y una importante cantidad de dinero. Condenado por la audiencia de instancia, interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo por violación de una serie de garantías procesales, entre las que se encontraba el derecho a la doble instancia penal.

Desestimados con suma brevedad, por su débil argumentación, todos los motivos del recurrente relativos a diversas infracciones de la normativa procesal penal española, el Tribunal se detuvo sin embargo en el argumento relativo a la aplicabilidad al caso de las obligaciones internacionales suscritas por España.

El Tribunal Supremo comienza recordando, en la línea de lo expuesto en reiterada jurisprudencia, que

“nuestro sistema procesal puede cumplir con las previsiones del Pacto, si se establecen mecanismos que permitan reinterpretar la decisión del Tribunal de Instancia, revisando la racionalidad de los métodos lógico-deductivos que supone toda actividad judicial de evaluación de las pruebas” (FJ nº 4-4)

Reconoce sin embargo que las limitaciones de esta solución al no poder garantizar “la plena revisión y reestructuración del material probatorio” (FJ nº 4-5). Por ello, a pesar de reconocer los avances del Recurso de casación habidos incluso antes de la vigencia de la Constitución (FJ nº 4-6), pone de relieve la pasividad del legislador español, que desde la firma el 22 de noviembre de 1984 del Protocolo nº 7 al CEDH no ha adoptado los pasos necesarios para adaptarse la entrada en vigor de dicho texto. En efecto, el Tribunal Supremo subraya que

“La petición no puede ser resuelta en el sentido que pretende la parte recurrente. Ahora bien, la implementación de la doble instancia debe ser abordada con urgencia por el legislador, sobre todo, a partir del Instrumento de Ratificación por España del Protocolo nº 7 (...). Desde que el Plenipotenciario de España lo firmó el 22 de Noviembre de 1984, resultaba, cada vez más urgente, dar coherencia a las decisiones legales y a los compromisos asumidos por España. Utilizando la fórmula tradicional de los Instrumentos de ratificación, promete cumplir, observar y hacer que se cumpla en todas sus partes (...)” (FJ nº 4-9).

De esta manera, se pone de manifiesto una vez más que la adaptación óptima de la normativa procesal a las obligaciones internacionales de España requiere algo más que una interpretación funcional de las funciones del Tribunal Supremo mediante recurso de casación.

En quinto lugar encontramos el recurso de casación contra una Sentencia dictada por el Tribunal Militar Tercero en la que se condenaba a un militar por dos delitos de abandono de destino, recogido en el art. 119 del Código Penal Militar. Con argumentación detallada, el Tribunal Supremo volvió a incidir en su jurisprudencia relativa a la compatibilidad con el Pacto del sistema de casación español, doctrina iniciada en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 70/2002 de 3 de abril. Acude también el Tribunal Supremo a la jurisprudencia del TEDH, citando la sentencia *Krombach c. Francia*<sup>54</sup>, que declaró compatible con el artículo 2 del Protocolo nº 7 el modelo de casación francés, en el que sólo se revisa la aplicación del Derecho. En consecuencia, las pretensiones del recurrente fueron desestimadas en lo concerniente a este punto.

Por último, haremos referencia a la sentencia de 29 de septiembre de 2010. Como consecuencia de una serie de actos de violencia cometidos contra su esposa, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona dictó contra el responsable de esos hechos sentencia condenatoria de doce años de prisión y prohibición de acercarse a la víctima. El recurso de casación interpuesto contra dicha resolución fue desestimado por el Supremo. En efecto, de acuerdo con este Tribunal, es cierto que jurisprudencia constante que un recurso de casación puede fundamentarse en la infracción el principio *in dubio pro reo* por parte del Tribunal que juzga en primera instancia, tal y como hacen los recurrentes. Sin embargo, lo cierto es que la interpretación amplia de los motivos

---

<sup>54</sup> Sentencia de 13 de febrero de 2001, nº 29731/96.

que permiten alegar esta causa de casación ante el Tribunal Supremo propuesta en este caso, apoyándose en las decisiones del Comité de Derechos Humanos relativas al art. 14.5 PIDCP, no satisface los criterios exigidos por dicha jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal Supremo apoyó su argumentación relativa al art. 849.2 LECr con una referencia al dictamen del Comité de Derechos Humanos en el asunto *Parra Corral c. España*<sup>55</sup>, donde se admitió (*ad casum*) que una intervención del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que remediara las deficiencias del procedimiento de primera instancia era suficiente a efectos de garantizar el derecho a la doble instancia penal.

*Asier Garrido Muñoz*

### **3. Extradición y el principio de no devolución**

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 199/2009, de 28 de septiembre.** Ponente: Excmo. Sr. Manuel Aragón Reyes.

<http://www.tribunalconstitucional.es>

La razón por la que hemos seleccionado la presente sentencia se debe fundamentalmente al hecho de que el Tribunal Constitucional se adentra en el examen de la relación entre el principio de *non refoulement* y la orden europea de detención y entrega. El recurrente presentó un recurso de amparo contra el auto de 27 de abril de 2007 de la Audiencia Nacional, en el que se aceptó su entrega a Rumania para el cumplimiento de una pena de prisión por delito de explotación sexual infantil, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al existir un grave riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en Rumania, derivado del hecho de que la población homosexual es perseguida y de las vejaciones que podrían sufrir como consecuencia del hacinamiento de las cárceles rumanas. Antes de adentrarse en el fondo de la cuestión, el Tribunal Constitucional pone claramente de manifiesto que el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes no ha quedado al margen de la regulación de la orden europea de de detención y entrega:

“Ciertamente, el hecho de que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, promulgada en cumplimiento de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, no haya incorporado expresamente a su articulado una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión de la euroorden, no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, pues, además de que la misma se contiene en el preámbulo de la propia Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, en cuyo apartado 13 se dispone que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”, nos hallamos ante uno de los “valores fundamentales de las sociedades

---

<sup>55</sup> De 29 de marzo de 2005, Com. nº 1356/2005.

democráticas” (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7, citando las SSTEDH de 7 de julio de 1989, caso Soering c. Reino Unido, y de 11 de julio de 2000, caso Jabari c. Turquía), “dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho”, por lo que configuran una “prohibición absoluta ... que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5)”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional constata que las alegaciones del recurrente poseen un carácter genérico y no se basan en la situación concreta del recurrente, de la que pueda derivarse indicios racionales de que existe un grave riesgo para su integridad física y moral. A este respecto, el Tribunal afirma que para denegar la entrega del reclamado por existir un grave riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes es necesario que “el reclamado haya aportado determinados y concretos elementos que sirvan de apoyo razonable a su argumentación (...)”, “y sin que sea suficiente la formulación de alusiones o alegaciones genéricas sobre la situación del país”.

En segundo lugar, el recurrente alegó la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución, por no haberse condicionado la entrega del recurrente a Rumania a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en ausencia. A este respecto, la Audiencia Nacional estimó que el recurrente no fue juzgado en rebeldía porque había apoderado a un abogado que compareció en juicio en su defensa. En cambio, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que la presencia en el juicio de un abogado designado por el recurrente no puede equipararse con la presencia del recurrente. Por lo tanto, la entrega a Rumania del recurrente en amparo sin someter la entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías.

Los magistrados Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y Pablo Pérez Tremps formularon sendos votos particulares que presentan un gran interés desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. Partiendo de la base de que la orden europea de detención y entrega se basa en la confianza recíproca entre los Estados miembros de la UE en relación con el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, ambos magistrados señalan que España no puede imponer su propio sistema de protección de los derechos fundamentales, pues la sustitución del sistema de extradición por la orden europea de detención y entrega conlleva que la persona afectada goza de las garantías de derechos humanos que impera en el espacio común europeo y de la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dado que esta crónica versa sobre la aplicación del derecho internacional público en España, no podemos adentrarnos en el estudio minucioso de los argumentos que se enmarcan en el Derecho de la Unión Europea. En todo caso, es preciso reconocer que los dos magistrados denotan un mayor conocimiento y respeto de las características del ordenamiento jurídico de la UE que la mayoría de los jueces del Tribunal Constitucional. Además de

estar guiado su razonamiento por principios fundamentales del Derecho de la Unión como el efecto directo o la interpretación conforme, se realizan amplias remisiones a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre las que destacan las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 2007, C-303/05, recaída en el asunto *Advocaten voor de Wereld*, de 16 de junio de 2005, C-105/2003, *Pupino*). Coincidimos con el voto particular en que era correcta la interpretación realizada por la Audiencia Nacional de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega de 2002 y, en caso de que el Tribunal Constitucional tuviera alguna duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión debería haber planteado una cuestión prejudicial. En fin, una vez más el Tribunal Constitucional muestra su reticencia a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, quien tiene la última palabra a la hora de determinar la validez e interpretación del Derecho de la UE.

*Juan Santos Vara*

## **VI. ASILO Y APATRIDIA**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 3 de diciembre de 2010.** Ponente: Excma. Sra. Pilar Teso Gamella. *RJ/2011/708*.

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

El asilo sigue siendo uno de los ámbitos del Derecho internacional en el que los tribunales internos son llamados a pronunciarse con más frecuencia. La sentencia de la que damos cuenta no presenta grandes novedades en relación con el razonamiento jurídico seguido por el Tribunal Supremo, pero constituye un buen ejemplo de la imposibilidad de equipar la extorsión económica con alguna de las causas que justifican la concesión del estatuto de asilado. El recurrente es un nacional colombiano que alega haber sido extorsionado por grupos terroristas en su país. El Tribunal Supremo, antes de adentrarse en el examen de la cuestión de fondo, procede a recordar las causas que justifican la concesión del derecho de asilo:

“Estas causas se contienen en el artículo 1.A.2) de la Convención de Ginebra de 29 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290), por remisión expresa del artículo 3.1 de la expresada Ley reguladora del Derecho de Asilo, y se concretan en la existencia de fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas en su país de origen. Acorde con tal exigencia, se resolverá favorablemente la solicitud de asilo cuando aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple con los anteriores requisitos (artículo 8 de la citada Ley). Y, en consecuencia, no procederá la concesión del derecho de asilo si no aparecen indicios suficientes sobre la existencia de temores fundados de persecución política, que es precisamente lo que acontece en el presente supuesto, como se expondrá más adelante” (FJ nº 7).

En todo caso, el Alto Tribunal no descarta que la extorsión continuada en el tiempo pueda adquirir tal intensidad que pudiera llegar a configurar un motivo de asilo. Recordando su jurisprudencia previa en la materia, el Tribunal señala que han de valorarse entre otros factores “las circunstancias personales de solicitante las características del grupo autor de la extorsión o secuestro, la intensidad y contenido de esos actos, la posibilidad de una protección eficaz por las autoridades del propio país, o, en fin, la posibilidad de evitar el peligro mediante el desplazamiento interno a otra localidad del mismo país alejada de aquella en que los actos de extorsión pudieran haberse producido” (FJ nº 9).

*Juan Santos Vara*

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 16 de julio.** Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández. *RJ/2009/7624*.

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

En este caso, la Audiencia Nacional concede el asilo por razones humanitarias derivadas de la situación de inestabilidad por la que atraviesa Afganistán. El recurrente es un nacional afgano que había solicitado la concesión del derecho de asilo basándose en la situación de inestabilidad y violencia imperantes en Afganistán y en la persecución derivada del incendio presuntamente fortuito de una mezquita que el él y su hermano causaron en su aldea natal. A este respecto, la Audiencia Nacional considera que no se aprecian circunstancias que permitan considerar que el solicitante es objeto de persecución por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra de 1951. Sin embargo, la Audiencia Nacional estima necesario autorizar la permanencia en España por razones humanitarias por las siguientes razones:

“El Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero , permite la permanencia en España bajo la forma de autorización de estancia a las personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y no cumplan los requisitos previstos en la Convención de Ginebra y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, y en las que se aprecie que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para su vida o integridad; y a aquéllas otras en las que concurran razones humanitarias -que no especifica- distintas de las anteriores, siempre y cuando estén acreditadas en el expediente.

Las razones humanitarias no se refieren a cualquier razón de tipo de humanitario, sino que deben estar vinculadas a un riesgo real de desprotección por razón de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico y religioso. En el presente caso, el retorno del señor Benito a Afganistán supondría situarle, tanto por las circunstancias vividas como por la situación del país - extremismo religioso exacerbado, conflictos permanentes entre clanes, ocupación militar-, ante una situación real de peligro incompatible con el disfrute de los derechos inherentes a la persona,

razones que justifican la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de asilo, y, en consecuencia, su derecho a la permanencia en España por razones humanitarias” (FJ nº 4).

*Juan Santos Vara*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 22 de diciembre de 2009.** Ponente: Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez. *RJ 2010/7339.*

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

En esta sentencia, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que no existe identidad entre el status jurídico de refugiado y apátrida, pues las razones por las que el Estado permite a unos u otros la entrada y permanencia en el territorio nacional son distintas. El Abogado del Estado presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2006, en la que se acepta la solicitud de una persona de origen congoleña a adquirir la nacionalidad española por residencia. Se trata de una persona que, si bien en el pasado presentó una solicitud de asilo que le fue denegada, consta que en el momento en el que planteó la solicitud de solicitud para adquirir la nacionalidad era un apátrida.

La Audiencia Nacional estimó que el solicitante llevaba residiendo en España cinco años, por lo que en este caso resulta aplicable analógicamente el plazo reducido de cinco años que el artículo 22.1 del Código Civil prevé para las personas que hayan obtenido la condición de refugiado. Esta conclusión se basaría, según la Audiencia Nacional, en la similitud de regímenes jurídicos entre la condición de apátrida y la de refugiado, así como en el deber que la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954 impone a los Estados de facilitar la asimilación y naturalización de los apátridas. El Tribunal Supremo rechaza acertadamente la equiparación realizada por la Audiencia Nacional entre los status de apátrida y refugiado en los siguientes términos:

“no existe identidad de razón entre las condiciones de refugiado y de apátrida. Incluso si puede haber cierta semejanza en el régimen jurídico a que están sometidos los refugiados y los apátridas residentes en España, lo cierto es que las causas de una y otra situación son muy distintas y, por ello mismo, también son diferentes las razones por las que el Estado permite a unos u otros la entrada y permanencia en el territorio nacional. Baste señalar a este respecto que es perfectamente posible carecer de nacionalidad sin ser por ello objeto de persecución; y paralelamente es claro que la persecución que da derecho a obtener la condición de refugiado no ha de obedecer necesariamente a la nacionalidad del perseguido, sino que puede ser también por motivos de raza, religión, sexo, opinión política, etc. No hay ninguna correlación necesaria, en suma, entre las condiciones de refugiado y apátrida.



No es ocioso añadir, en fin, que el deber jurídico-internacional que pesa sobre el Estado de facilitar la asimilación y naturalización de los apátridas no puede ser satisfecho mediante una interpretación forzada de la legislación vigente en materia de nacionalidad, sino que incumbe esencialmente al legislador. Es éste -no los órganos judiciales- quien debe diseñar la regulación de la nacionalidad, adaptándola si es necesario a las exigencias internacionales asumidas por España” (FJ nº 3).

*Juan Santos Vara*