

# DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO\*

María José CERVELL HORTAL  
Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

## I. EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

### **Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 186/2009, de 16 de junio Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3609/2009**

El análisis de la constitucionalidad de determinados preceptos de la LOPJ y de la LECrim es el objeto principal de este auto, aunque la razón por la que lo traemos a colación es la reflexión que realiza el Tribunal Constitucional acerca de determinados delitos contra el Derecho Internacional.

La cuestión de inconstitucionalidad que en él se plantea gira en torno a la expresión “españoles” que, referida a la nacionalidad, figura en los artículos 19.1 de la LOPJ (“Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley”) y 270 (“Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley”) y 271 de la LECrim, al entender que reduciendo la participación como parte de los no españoles en los delitos denominados de persecución universal sólo a los casos en que sean ellos los ofendidos se podría contravenir el mandato del art. 125 de la Constitución española (“Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”). En concreto, la cuestión se originó como motivo de la causa abierta contra di-

\* La selección comprende exclusivamente decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de septiembre de 2008 al 31 de agosto de 2009.

versas personas de nacionalidad o naturales de El Salvador como responsables de crímenes de lesa humanidad y terrorismo o asesinato y en la que figuraba como querellante el *Center for Justice and Accountability*, institución estadounidense<sup>1</sup>, cuya personación como acusación popular fue rechazada. El Juzgado Central de Instrucción núm. 6 entendió en su día, por auto de 10 de abril de 2009, que aunque una lectura literal de los artículos 101 y 270 de la LECrim permitiría en principio hacerlo así, dos razones que, por otro lado, son las que le conducen a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, lo impedirían. Es la segunda la que nos interesa desde el punto de vista del Derecho Internacional, pues entiende el juez promotor de la cuestión que no debería rechazarse al querellante estadounidense ya que “el ámbito en el que se mueve la querrela es el de la justicia universal (art. 23.4 LOPJ), en la que como elemento conceptual propio no cabe la reducción de las nacionalidades sólo a la española”. Y es en este punto donde realiza interesantes afirmaciones sobre el concepto y sentido de la jurisdicción universal (antecedente 4º), que tantas dudas y polémicas ha suscitado en nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años. El magistrado parte de la idea de que siendo los derechos humanos patrimonio de la comunidad internacional en su conjunto, limitar con criterios de nacionalidad a los titulares de la acción popular no parece *a priori* congruente:

“los delitos contra el Derecho internacional, como el ahora investigado, además del componente individual de quien directamente los padece, atacan a la vez y solapadamente a la comunidad internacional en sí misma. Consecuentemente el bien jurídico que protegen (la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, que es lo que altera el ataque generalizado y sistemático contra los derechos humanos de la población civil), por encima de los asesinatos de las víctimas, ‘implican asimismo el asesinato de lo que representan los muertos (cierta ideología religiosa de izquierdas, la teología de la liberación, la oposición al régimen salvadoreño establecido en aquel entonces), emiten un recado de miedo y silencian al resto de la población’, trascendiendo el crimen individual en un delito supraindividual que traspasa el ámbito nacional y pone en peligro los derechos humanos.

Toda vez que los derechos humanos no son patrimonio de unos determinados nacionales, sino de la comunidad universal en su conjunto, entiende el titular del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad que resulta obligado, bien interpretar que el *Center for Justice and Accountability* es, en tanto que integrante de la comunidad internacional, parte ofendida o perjudicada, o bien que en el contexto de la justicia de persecución universal puede constituirse en acusa-

1. Véase auto de 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, que es el que acordó incoar diligencias previas.

dora popular porque pertenece a la comunidad internacional a la que el concreto delito lesiona y afecta de modo directo. La afección a toda la Humanidad de los delitos de persecución universal ha obligado a reformular principios clásicos como el de la competencia (art. 23 LOPJ) y debe conllevar un replanteamiento de la legitimación, de manera que ‘si el bien jurídico protegido es pluriofensivo y afecta a la comunidad internacional’ se permita la persecución como acusadora de quien, como la asociación aquí concernida, demuestre estar organizada e interesada en hacerlo conforme a sus fines sociales, cualquiera que sea su nacionalidad y siempre que se encuentre dentro de la comunidad universal afectada por el crimen”.

El juez sostuvo (antecedente 4º), asimismo, que:

“en la parte extranjera en que la comunidad internacional es afectada, el artículo 270/109/110 LECrim no cumple y es contradictorio consigo mismo de entenderse que además hace falta el requisito de estar nacionalizado como español por el mero hecho de que el concreto Tribunal que persigue ese plus de internacionalidad radique en España. Recuerda, igualmente, que entre la fecha de promulgación de la Ley de enjuiciamiento criminal y la aprobación de la Constitución se sucedieron acontecimientos de gran relevancia en la esfera internacional, que conformaron una justicia universal ‘que hoy en día no se puede quedar en parciales pronunciamientos locales o nacionalistas, sino que deben trascender a lo universal’. En este sentido invoca la STC 237/2005 (RTC 2005, 237) , donde se afirma que ‘la jurisdicción universal no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales’, como demuestra el hecho de que los Tratados internacionales firmados por España no condicionan la persecución penal a la nacionalidad de los afectados porque en los crímenes más execrables toda la Humanidad está legitimada e interesada en perseguirlos”.

El Fiscal General del Estado consideró sin embargo que la cuestión de inconstitucionalidad era “notoriamente infundada” (antecedente 5º), dándole finalmente el Tribunal Constitucional la razón (FJ 3º) en el auto que analizamos, aunque precisa éste que lo que se discute no es la existencia de acción popular en el ámbito de la jurisdicción universal, sino su “concreta configuración”.

Como se deduce de lo arriba reproducido, para el magistrado que había promovido la cuestión los delitos que persigue la jurisdicción universal constituyen un ataque a la comunidad internacional y a los sujetos que la integran, por lo que si no se permite a éstos colaborar en la represión de dichas conductas se les está privando de un derecho que sí les reconocerían los tratados internacionales (se citan expresamente 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 materia de lucha contra la corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003). Sin embargo, el TC contesta este argumento del juez alegando lo siguiente:

“A este respecto debemos señalar, como ya hemos hecho en la STC 12/2008, de 29 de enero, que «los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal ( SSTC 49/1988, de 22 de marzo; 28/1991, de 14 de febrero; 254/1993, de 20 de julio), sin perjuicio, como ya hicieramos también entonces, de subrayar ‘la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Según hemos reiterado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado’ (F. 3).

En esta ocasión, como atinadamente apunta el Fiscal General del Estado, el reproche de nulidad no parte tanto de la contradicción de los preceptos legales cuestionados con el art. 125 CE, supuesto en el que habríamos de declarar la cuestión de notoriamente infundada porque, cualquiera que sea la interpretación que se haga del término ‘ciudadanos’ empleado en el precepto constitucional, este término ha de comprender, como mínimo, a los ciudadanos particulares españoles, y a ese mínimo se ha atenido el legislador. El reproche de nulidad en que se sustenta la cuestión se centra en la imposibilidad de incardinar los preceptos legales cuestionados en la concepción de la jurisdicción universal que se expone en el Auto de su planteamiento. Ahora bien, como igualmente señala el Fiscal General del Estado, aunque pudiera aceptarse dicha concepción, la intervención de quienes resultan, siquiera sea mediamente, afectados por los delitos que se persiguen en el proceso penal no debiera plantearse en términos de ejercicio de la acción popular, sino más bien en el plano de la legitimación para la actuación en el proceso de la acusación particular de los afectados por el ilícito en su esfera de derechos e intereses legítimos.

A mayor abundamiento, y a ello se refiere igualmente el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, 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”.

Se inadmite, por tanto, la cuestión de inconstitucionalidad planteada y se concluye que debe limitarse el ejercicio de la acción popular en delitos que se engloban en la denominada jurisdicción universal. El magistrado D. Pablo Pérez Tremps presentó, sin embargo, un voto particular alegando al respecto lo siguiente:

“...se debe recordar que este Tribunal viene sosteniendo desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, que de la interpretación conjunta de los arts. 13.1 CE y 24 CE, se deriva que los extranjeros son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en idénticas condiciones que los españoles. Esa igualdad de trato implica que todos los extranjeros son titulares de los derechos procesales contenidos en el art. 24 CE, que se integran en el grupo de derechos que el Tribunal califica como imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al art. 10.1 CE constituye fundamento del orden político español (STC 236/2007, de 7 de noviembre). Además, tal como ha reiterado este Tribunal, esta conclusión se extrae «no sólo por la dicción literal del citado artículo (“todas las personas”), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 CE, de conformidad con el art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 ( RCL 1985, 784 ), textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a “toda persona” o a “todas las personas”, sin atención a su nacionalidad» (por todas STC 236/2007).

Por tanto, si no cabe establecer diferencia alguna entre nacionales y no nacionales en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), su disfrute en condiciones de igualdad debe incluir también el derecho de acceso a la jurisdicción, con el que se conecta el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE)”.

**Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª),  
de 2 diciembre de 2008 (JUR\2009\47600)**

Recurso de Apelación núm. 34/2008

Ponente: Excmo Sr. D. Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez

Por este auto la Audiencia Nacional declara la falta de competencia del Juzgado Central de Instrucción número 5 para la investigación de los hechos

y delitos a los que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008 (delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno y delito de detención ilegal con desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la Humanidad)<sup>2</sup>.

Posteriormente, en relación con este polémico tema, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1<sup>a</sup>) dictó el 26 de mayo de 2009 un auto (**JUR\200\267730, recurso de casación n° 20048/2009**) admitiendo a trámite la querrela planteada por el Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias por un supuesto delito de prevaricación contra el juez que dictó el auto mencionado. En el razonamiento jurídico 4º se precisa la función de la Audiencia Nacional en lo que se refiere a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad:

“Efectivamente, los crímenes de genocidio y lesa humanidad son perseguibles obviamente cuando se hayan cometido en territorio español en aplicación del principio de territorialidad de la ley penal y no del de justicia universal (art. 23.1 de la LOPJ ) pero por el órgano de la jurisdicción que corresponda de acuerdo con los criterios ordinarios de delimitación de competencias que establecen los artículos 82.1.1, 87 de la LOPJ y 14 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los cuales atribuyen la competencia para enjuiciar y para instruir, respectivamente, a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de Instrucción de todas las causas por delito, salvo aquellas que de forma excepcional se atribuyan a otros órganos judiciales.

(...)

En este sentido, ni el art. 65 de la LOPJ ni las normas de competencia complementarias (significadamente, la Ley Orgánica 4/88 en cuya Disposición Transitoria se le asigna la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales por delitos relacionados con bandas armadas y organizaciones terroristas), contemplan como competencia objetiva exclusiva de la Audiencia Nacional los crímenes de genocidio y lesa humanidad. Tampoco los delitos denunciados son “per se” competencia de este órganos judicial, sino de los juzgados del lugar donde se hayan cometido los hechos.

Cuando la Audiencia Nacional ha conocido de los crímenes de genocidio, lesa humanidad o tortura lo ha sido en casos en los que los delitos han ocurrido fuera de nuestro territorio, bien por ser ciudadanos españoles los autores (principio de personalidad activa) ex art. 23.2 de la LOPJ, bien por el principio de persecución penal universal ex art. 23.4 de la LOPJ”.

2. El auto declaraba al juez Baltasar Garzón competente para investigar las desapariciones durante la Guerra Civil española y la dictadura franquista y, entre otras cuestiones, autorizaba la exhumación de varias fosas de la época.

## II. TERRORISMO INTERNACIONAL

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª)  
núm. 31/2009 de 30 abril (JUR\2009\244859)**

Sumario núm. 38/2007

Ponente: Excmo Sr. D. José Ricardo Juan de Prada Solaesa

Recoge esta sentencia la causa relativa a la investigación de la organización Ansar al Islam, dedicada a la comisión de acciones terroristas contra los intereses de las fuerzas de la coalición fuera de Irak, y sobre la que existen indicios de planear la comisión de atentados terroristas en España. En concreto, los delitos que se tratan en esta resolución son los de pertenencia a organización terrorista, colaboración con organización terrorista, falsificación de documentos y delitos contra la salud pública cometidos por posibles integrantes de esta organización.

En concreto, los hechos se refieren a determinadas operaciones e investigaciones sobre la existencia en España de una trama internacional de contactos (Red Tigris) de la que formarían parte los inculpados, a los que se acusa (hecho probado 1º) de prestar apoyo moral y logístico a acciones armadas realizadas por integrantes de la insurgencia radical islámica en Irak y otros países, de captar a personas dispuestas a unirse a la organización como soldados combatientes por el Islam o muyahidines y de prestarles ayuda material y logística, pero sobre todo, de propiciar que determinadas personas que habían participado en los atentados de Madrid del 11 de marzo y el posterior acto suicida del 3 abril 2004 salieran del país y pudieran llegar a Irak.

De acuerdo con el hecho probado 3º de la sentencia, la organización Ansar Al Islam (incluida el 24 de febrero de 2003 en la lista de organizaciones terroristas creada por Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1267/99), fue una de los integrantes de la llamada insurgencia iraquí. Desde su origen como grupo islamita sunita, con una visión ultra-ortodoxa del Islam y con actividades circunscritas únicamente al Kurdistán iraquí, pasó, tras el inicio de la guerra en aquel país (20 de marzo de 2003), a ser uno de los más activos de la insurgencia nacida en oposición violenta al ejército de la coalición multinacional y al nuevo régimen instaurado tras la ocupación del país. Ha sido acusada de la comisión de múltiples ataques contra objetivos militares y civiles y de haber mantenido, al menos en algunos momentos, vínculos con la organización Al Qaeda. Entre sus tácticas, dentro de un contexto de *guerra asimétrica*, figura la de llevar a cabo ataques contra las fuerzas militares de la coalición multinacional y la policía, sin, en ocasiones, discriminación de la

población civil a la hora de elegir sus objetivos, e incluso realizando acciones suicidas con explosivos, como medio de actuación.

Aunque las reflexiones que del terrorismo se hacen a lo largo de toda la sentencia vienen principalmente referidas al ordenamiento jurídico español, la existencia de algunas de ellas que entendemos resultan interesantes nos aconsejan incluir su mención en este comentario. Así, en el Fundamento de Derecho 1º se recoge lo siguiente:

“Es indiscutible que nuestro país se encuentra inmerso en el firme compromiso común de los países civilizados de nuestro entorno de dar un tratamiento jurídico, global, coherente y dentro del respeto a los derechos humanos al grave problema del terrorismo internacional, para lo que ha suscrito y ratificado la mayoría de los Tratados internacionales universales y europeos en la materia, además de verse directamente obligado por las Resoluciones de Naciones Unidas dictadas dentro del ámbito del Capítulo VII de la Carta de San Francisco. Sin embargo, en puridad, no sirven las apelaciones al contenido de los Tratados internacionales y a los compromisos internacionales de España para llenar la insuficiente regulación que hace nuestro Código Penal del concepto del terrorismo. Las definiciones contenidas en ellos no se han incorporado de forma inmediata a nuestro ordenamiento y, por el contrario, la mayoría de la normas contenidas en dichos instrumentos internacionales no son directamente aplicables (*self-executing*), sino que en general establecen una obligación para los Estados de castigar con penas razonables determinados tipos de conductas, pero sin que ello en realidad permita o sirva de justificación o fundamento para hacer directamente una interpretación extensiva del concepto o definición de terrorismo, sin que pueda ir en serio detrimento del debido respeto del principio de legalidad penal, lo que es especialmente predicable del denominado terrorismo internacional. En esta línea es urgente que nuestro legislador acoja cuanto antes los delitos definidos en la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, concretamente la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas”.

A la sentencia, que finalmente condenó a los acusados por delito de pertenencia a organización terrorista, delito de colaboración con organización terrorista y delito de falsedad en documento oficial, se incorpora el voto particular del magistrado José Ricardo de Prada Solaesa que discrepa con el contenido del Razonamiento jurídico Primero de la Sentencia que, según el magistrado, identifica erróneamente *muyahidín* con terrorista. Especialmente interesante es el punto 4 de su voto:

“Otro problema interpretativo es el de la consideración, “in abstracto”, como terrorista, de la mera adhesión a la insurgencia radical islámica en Irak, sino queda acreditado, además, que es a uno de los grupos que utiliza, cuando menos, tácticas

terroristas, y que la voluntad del sujeto, por inferencias o de otro tipo, es la de llevar a cabo alguna de las actividades que se vienen a considerar como incuestionablemente terroristas.

No parece admisible desde el punto de vista del estricto análisis jurídico, la equiparación sin más, a modo de principio general o de presunción “*iuris tamtum*”, de combatiente jihadista o muyahidín, con terrorista, a modo de etiqueta, que exima inmediatamente al aplicador del derecho de cualquier valoración o análisis al respecto.

Debe admitirse que existen en principio, al menos en el plano teórico, distintas posibles finalidades, ninguna de ellas descartable de origen, que pueden animar los actos de aquellos que deciden trasladarse a Irak para combatir en el conflicto armado allí existente. No todas las situaciones han de merecer la misma consideración y la inmediata calificación de terroristas. Para ello, en mi opinión, debe existir algo más. Alguna clase de prueba, aunque sea mínima, que ponga de manifiesto que la voluntad real de los actores es, verdaderamente, la de cometer actos terroristas.

Sirva de ejemplo, la Guerra de los Balcanes (1992-1995), que asoló el territorio de Bosnia Herzegovina, en la que combatientes jihadistas (muyahidines) provenientes de diversos países lucharon en defensa de la población musulmana que en aquel momento estaba sufriendo lo que ha sido calificado como crimen de genocidio por diversas Sentencias de Tribunales internacionales (Sentencia de 19.04.2004 del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el caso Radislav Krstic; Sentencia de 27.02.2007 de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Bosnia Herzegovina contra Serbia). Estas acciones de apoyo a la población musulmana recibieron reconocimiento internacional y no han sido tenidas por acciones terroristas y, excepto en contados particulares casos, tampoco como crímenes de guerra.

La apelación que habitualmente se hace a la *jihad* universal y a la globalización de la *jihad*, no es suficiente desde el punto de vista de un riguroso análisis jurídico. Se trata de un concepto metajurídico, de enfoque global, que mezcla elementos analíticos, especulativos y valorativos, impregnado de una gran carga ideológica, que puede resultar útil como fundamento de estrategias y planteamientos políticos generales de todo tipo, incluso de política criminal a nivel de Estados o de continentes, pero inaprensible e inútil desde una perspectiva jurídica estricta como fundamento definidor de lo que es terrorista, que debe atenerse a los fines inmediatos y mediatos reales de los actos de los sujetos, sin que sea admisible mezclar situaciones de la vida real que poco o nada tienen que ver entre sí (atentados de Nueva York de 11.09.2001, atentados de Madrid, Londres, en Irak, Palestina, etc.), que requieren de un análisis diferenciado, en cuanto a las acciones, significado de éstas, objetivos, fines, resultados, etc.”

En el punto 5 realiza determinadas reflexiones sobre la naturaleza interna o internacional del conflicto de Irak y las consecuencias que una u otra calificación tendría en cuanto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario:

“En línea de progresión con el razonamiento que se viene desarrollando, es innegable la existencia de un conflicto armado en Irak, al menos en el momento a que se contrae la acusación del Ministerio Fiscal, que se inició con la invasión de este país por una coalición militar multinacional, pero que no cesó con la derrota del ejército de Saddam Hussein y la ocupación militar de Irak, sino que se transformó en un conflicto armado de naturaleza diferente, librado entre las fuerzas de la coalición y las fuerzas de seguridad del gobierno de Irak, por un lado, y las decenas de grupos insurgentes de distintas características, incluso luchando entre sí, por otro, en la forma como ha quedado expresado en el relato de hechos probados. No se puede profundizar en el ámbito de este voto particular en el concepto actual que ha sido acuñado de conflicto armado, baste decir que mucho más allá de la guerra formal. Tampoco sobre el carácter internacional o puramente interno del conflicto<sup>5</sup> Consideramos suficiente dejar constancia de únicamente lo que resulta obvio; es decir, que se inició como conflicto armado de carácter internacional, pero a partir de un cierto momento se transformó, conjugándose elementos de conflicto internacional y no internacional, siendo, en lo que respecta a esta resolución, más relevantes los efectos derivados de la apreciación de éste último.

La principal consecuencia jurídica de la existencia de un conflicto armado es, precisamente, la vigencia del Derecho Internacional Humanitario (DIH), bloque normativo de carácter internacional que regula los actos de guerra y, específicamente, en lo que aquí más nos interesa, los crímenes de guerra referidos a aquellos actos o hechos que infringen más gravemente las normas relativas al derecho de guerra.

Resulta cierto, que la vigencia del derecho internacional humanitario no implica necesariamente la no vigencia de otros derechos, pero sí condiciona enormemente su aplicación, al establecer normas con un claro carácter preferente y que, por tanto, su aplicación se sobrepone a la de otras normas a las que desplaza.

Lo anterior hace surgir inmediatamente muy importantes dudas en relación con la consideración jurídica o calificación que se debe dar a las acciones cometidas, bien sean por insurgentes jihadistas, o de otro tipo, que combatan en el conflicto armado que se desenvuelve en Irak.

Por otra parte, es necesario dejar claro desde este momento, que determinados actos que manifiestamente tienen como objetivo prioritario a la población civil, o que transgreden ampliamente los principios de discriminación, precaución y proporcionalidad en los ataques, realizados con la intención de aterrorizar a la población civil, ya sean por los medios empleados (por ejemplo, ataques suicidas, o con coches bombas, etc.), en cuanto que necesariamente han de causar bajas civiles, o por el lugar donde se realicen, han de merecer la consideración de terroristas.

Sin embargo, la utilización de este término, en el indicado contexto de guerra, no implica la inmediata aplicación de la legislación común antiterrorista. Por el contrario, la previsión de actos con finalidad terrorista viene reconocida expresamente como crímenes de guerra por el Derecho Internacional Penal, sino de forma

directa e inmediata en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales de 1977, que se refieren inequívocamente a actos con esta finalidad, aunque no definan un tipo específico de terrorismo de guerra, si ha cobrado carta de naturaleza a través de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales “ad hoc” (Caso Stanislav Galio, Sentencia de 30.11.2006 del Tribunal Penal para antigua Yugoslavia) y, lo que es más importante, incluso han sido incorporados a las legislaciones internas, que es lo que ocurre con la española, a través de art. 611.1º del CP.

Sin embargo, para la aplicación de este artículo 611-1º del CP, que contiene una definición de terrorismo diferente de la que se contiene en los art. 571 y ss del CP, no sería suficiente la simple adhesión genérica a la insurgencia iraquí, ni siquiera con la consideración de combatienteihadista. Tampoco, aunque más dudosamente, lo sería la mera adhesión a grupo combatiente que utilizara, junto con otras, tácticas terroristas, de no ser que existiera una voluntad expresa de comisión de un hecho terrorista en el seno de ella. Los supuestos que más nítidamente hacen posible la aplicación del indicado precepto serían: la conspiración, la provocación, inducción o alguna forma de participación en algún hecho o actos de características terroristas, determinada éstas en función de los parámetros antes avanzados contenidos en el referido art. 611.1 CP, en relación con el amplio conjunto de normas que componen el DIH.

El problema surge en nuestro derecho, al plantearnos un posible concurso de normas aplicables. Y, en ese caso, la forma de resolverlo. Es decir, si deben prevalecer las normas comunes relativas a los delitos terroristas, (tipos penales contenidos en la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII, artículos 571 y siguientes, relativos a los delitos de terrorismo, incluidos los establecidos en el artículo 515-2º y 516 del Código Penal), o deben aplicarse de forma preferente las normas relativas a los crímenes de guerra.

Sin duda alguna, la especialidad derivada del contexto donde se producen los actos, determina, necesariamente, la preferencia del Derecho Internacional Humanitario, lo que ha de conllevar también la aplicación de las normas internas a través de las que se incorpora éste al derecho interno.

Lo hasta ahora dicho, es claramente en relación con las personas que se unen o intervienen en un conflicto armado, independientemente de donde, en su caso, sean juzgadas. No obstante, no procede pronunciarse por ser innecesario dado el resultado probatorio, en si es jurídicamente procedente o ni tan siquiera posible el enjuiciamiento de este tipo de conductas en España, que de serlo, tendría un mucho mayor apoyo en el art. 23.4.h de la LOPJ, que en el apartado b, de dicho precepto, ya que frente a la inexistencia de un Tratado internacional en materia de terrorismo que recoja expresamente la jurisdicción universal en sentido estricto (recogen en su generalidad únicamente el principio *aut dedere aut iudicare*”), si lo existe para los crímenes de guerra a través de las previsiones contenidas en los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.

Las dudas, aparte de las obvias dificultades probatorias para poder determinar cada una de las posibles concretas finalidades que el Ministerio Fiscal estaría atribuyendo a cada uno de los acusados, estriban en la aplicabilidad en ese caso de los artículos 515-2º y 516 del CP, es decir, de si son aplicables a esas situaciones las previsiones extraordinarias contenidas en dichos preceptos penales, que anticipan la protección penal, por razones político criminales, incluso a situaciones tales en las que un grupo no ha cometido, debe entenderse que hasta ese momento, pero siendo previsible que lo pudieran hacer en el futuro, un acto terrorista. La respuesta más razonable debe ser la negativa, por razones de prueba, pero también por razones sustantivas dada la distinta naturaleza de las normas y situaciones por ellas previstas, además, de la propia tendencia en derecho penal internacional al progresivo abandono, después de Nüremberg, de figuras como la pertenencia a organización criminal o la conspiración y referirse en este ámbito internacional, exclusivamente, a la punición de hechos concretos y no del mero peligro, por muy concreto que éste sea, sin duda alguna, por considerar que es una técnica de punición mucho más propia de los derechos internos”.

### III. INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

#### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, sección 1ª), de 22 de junio de 2009 (JUR\2009\399155)**

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 6/2008

Ponente Excmo Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

Se trata esta de una resolución que contempla el espinoso asunto de la inmunidad de ejecución de los Estados y en la que el Tribunal aboga por considerar como *bienes iure gestionis* las devoluciones del Impuesto del Valor Añadido (IVA), lo que abriría una posibilidad más para aquellos que, ante falta de bienes estatales a partir de los cuales ejecutar las sentencias condenatorias, no pudieran ver satisfechos sus derechos.

Este asunto tiene sus orígenes en la sentencia de 16 de abril de 1996 del Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, que declaró la improcedencia de los despidos de dos trabajadores que habían prestado sus servicios en el Consulado de Estados Unidos en esa ciudad hasta el anuncio de su cierre y condenó al demandado (Estados Unidos de América) al pago de sendas indemnizaciones y determinadas cantidades en concepto de salarios no percibidos. Por auto de 10 de febrero de 1997 del mismo Juzgado se acordó ejecutar la sentencia pero, ante la existencia de insolvencia del deudor, se acordó el embargo de las cantidades que la Agencia Tributaria hubiera de devolver trimestralmente a la Embajada de Estados Unidos en concepto de IVA.

El auto dictado el 10 de febrero de 1997 fue recurrido alegándose inmunidad de ejecución al amparo del art. 21.2 de la LOPJ y del 22.3 de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, desestimándose por auto de 26 de noviembre de 1997. Se procedió entonces, como viene siendo habitual en los últimos años, por los problemas que plantea la cuestión de la inmunidad de ejecución, a recabar información del Ministerio de Asuntos Exteriores de España sobre la idoneidad de la ejecución. El recurso de suplicación contra ese auto interpuesto el 20 de enero de 1998 por el representante legal de Estados Unidos alegaba que este país no era titular en territorio español de ningún bien afecto a actividades *iure gestionis* pues todos sus bienes lo eran en virtud de *iure imperii*.

Los trabajadores improcedentemente despedidos habían intentado varias caminos para poder cobrar las indemnizaciones correspondientes. Con el fin de ejecutar la sentencia, se embargó primero una cuenta corriente de Estados Unidos en el Lloyds Bank, decisión que fue recurrida y dejada sin efecto, confirmando así la ya tradicional inembargabilidad de las cuentas corrientes de los consulados y embajadas. Los demandantes continuaron intentándolo, recordando al Ministerio de Asuntos Exteriores la necesidad de redactar el Informe solicitado (26 de noviembre de 1997) y que ya mencionamos. El 21 de junio de 1999 el Ministerio cumplía con lo requerido indicando que “los medios que el Derecho Internacional ofrece frente a las embajadas extranjeras para conseguir el cumplimiento de la resoluciones judiciales condenatorias son muy limitados y se reducen en la práctica al cumplimiento voluntario de la citada resolución, ya que las embajadas se ven protegidas por el carácter casi absoluto de la inmunidad de ejecución”.

El Juzgado acuerda el 7 de febrero de 2000 dirigir al Ministerio de Asuntos Exteriores y al de Economía y Hacienda oficio para que entreguen una relación de los bienes y derechos susceptibles de embargo que pudieran existir bajo al titularidad de los Estados Unidos. La Administración Tributaria fue asimismo requerida para cursar información existente sobre posibles bienes. Mientras tanto, la Embajada de Estados Unidos protestaba por nota verbal de 11 de junio de 2003 en la que se afirmaba que no cumpliría con el pago de las cantidades al considerar que existía una violación del derecho internacional.

Por providencia de 21 de diciembre de 2004, se pide al Ministerio de Economía que informe al Juzgado sobre la existencia de cantidades pendientes de devolución por concepto de IVA exento a los Estados Unidos. El 8 de marzo de 2005 se declara la insolvencia del deudor y es el FOGASA el que se hace cargo del pago a los trabajadores subrogándose aquel en los créditos. Es entonces cuando se acordó (providencia de 27 de marzo de 2007) el embargo de las can-

tidades que la Agencia Tributaria hubiera de devolver trimestralmente a la Embajada estadounidenses por IVA. Tras varios recursos que fueron desestimados, se confirmó por auto del Juzgado de 4 de octubre de 2007 que la embargabilidad del importe del impuesto sobre el IVA era perfectamente viable pues no se correspondía con actividades u operaciones no vinculadas con el ejercicio del *ius imperii*. Estados Unidos interpone un nuevo recurso de suplicación, desestimado en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 8 de abril de 2008 que es el que resuelve la sentencia del TS objeto de este comentario (en julio de 2008 Estados Unidos presentó demanda ante el Tribunal Supremo para que esa sentencia se declarara en error judicial al confirmar la viabilidad del embargo acordado en su día, auto de 4 de octubre de 2007, por el Juzgado de lo Social de Bilbao).

En la sentencia cuyo comentario nos ocupa el Tribunal Supremo alega, respecto a la posible embargabilidad de los bienes, ajustarse a la doctrina del TC (sentencias 107/1992, 292/1994 y 18/1997) exponiendo que es perfectamente compatible con la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva con la existencia de inmunidad de ejecución sobre determinados bienes de los Estados, pero una lo es una indebida extensión o ampliación de sus normas. Los bienes, sigue afirmando el TS, de las misiones diplomáticas y consulares son, efectivamente absolutamente inmunes a la ejecución, protegidos como están por los Convenios de Viena, lo que engloba a sus locales, mobiliario y demás bienes situados en ellos y sus bienes de transporte y las cuentas corrientes bancarias adscritas a su funcionamiento. El resto de bienes de un Estado serían embargables sólo si se vinculan a un acto de gestión.

El Tribunal parece mostrarse absolutamente de acuerdo con el razonamiento que hizo el TSJ: la embargabilidad de los importes de las devoluciones del IVA debe aceptarse en atención a que se trata de un privilegio tributario, no equiparable al de los bienes protegidos con la inmunidad absoluta de ejecución de las Convenciones de Viena y se confirma así una vía alternativa (poder resarcirse con el importe de las devoluciones del IVA) que ya había contemplado en 2002 el Tribunal Constitucional en el auto 11/2002, de 1 de julio. El TS afirma:

“Resulta revelador de esa falta de equiparación no sólo la distinta naturaleza de unos y otros bienes (en un caso, derecho de propiedad de unos bienes que el propio Estado ha vinculado al ejercicio de su soberanía; en otro, derecho de crédito que se tiene por reconocimiento del Estado en donde se ejerce la soberanía y que éste condiciona, además, a criterios de reciprocidad, según revela el art. 3 del citado R. Decreto). Entra aquí en juego ese criterio constitucional anteriormente expuesto, sobre el carácter no extensivo de la inmunidad de ejecución a la hora de interpretar o aplicar sus normas, precisamente para no perjudicar el derecho

a la tutela judicial efectiva de quienes han obtenido una sentencia favorable que no logran hacer que se cumpla por quien fue condenado a ello” (Fundamento de Derecho Segundo *in fine*).”

El Tribunal Supremo concluye afirmando que no hubo error alguno imputable al TSJ del País Vasco a la hora de interpretar el Real Decreto 3485/2000 de 29 de diciembre sobre franquicias y exenciones en régimen diplomático, consular y de organismos internacionales ni del artículo 32.3 del Convenio de Viena de 1961 (Fundamento de Derecho Quinto). La sentencia impugnada, afirma, “fue una interpretación perfectamente posible, razonada y coherente de la implicación de tales preceptos en relación con unos bienes muy singulares, las devoluciones del impuesto sobre el valor añadido, que en absoluto están directamente comprendidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1.961 o en la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1.963, pues lo esencial para la Sala del País Vasco, y para el Juzgado de instancia, consistía en que de tales preceptos no se desprende necesariamente esa inembargabilidad. Además, los razonamientos jurídicos de la sentencia se extienden a la ausencia de acreditación por parte del Estado recurrente, de que esas devoluciones estuviesen vinculadas con actividades que supusieran el ejercicio de *ius imperii*, por lo que tenían la condición de devoluciones de impuestos, o beneficios fiscales ligados a actividades de gestión”.

En el fundamento de derecho 6º se sigue reflexionando sobre la cuestión

Finalmente, desde el punto de vista constitucional, la sentencia de suplicación llevó a cabo una aplicación ponderada del derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores ejecutantes –artículo 24.1 CE ( RCL 1978, 2836) – que en modo alguno fue vulnerado para el hoy demandante, como se puede desprender de las SSTC 107/1992 y 292/1994 y 18/1997, con arreglo a las que “el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24,1 CE , pero ... una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en el actual ordenamiento internacional acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad”.

Por esa razón, la sentencia de la Sala del País Vasco analiza detenidamente la naturaleza de los bienes embargados, y con los elementos probatorios con que contaba en el proceso, al que nada aportó el ejecutado ni intentó la introducción de algún hecho probado en tal sentido, se afirmó que esos bienes no estaban sujetos, no constaba que lo estuviesen, o destinados a actividades vinculadas con *el ius imperii*

que hubiese justificado su inmunidad y hubiese justificado también la excepción del derecho constitucional a obtener la debida ejecución de una sentencia firme, actividad o análisis que, como se dice en la referida jurisprudencia constitucional, corresponde al Juez ejecutante.

Además, en el ATC 112/2002 que cita la resolución hoy impugnada y al que antes nos hemos referido, se afirma categóricamente que no hubo para el Estado demandante de amparo violación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE, en un supuesto prácticamente idéntico en que los EE.UU. de América plantearon recurso de amparo contra una decisión similar de embargo del IVA.

En el referido Auto se razona que “el art. 21.2 LOPJ y las normas de Derecho Internacional público a la que tal precepto remite, no imponen una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados extranjeros, sino que permiten afirmar la relatividad de dicha inmunidad, conclusión que se ve reforzada por la propia exigencia de la efectividad de los derechos que contienen el art. 24 CE y por la ratio de la inmunidad, que no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar su igualdad e independencia. Por consiguiente, la delimitación del alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inejecute una Sentencia; en consecuencia, una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del art. 24.1 CE “(por todas, SSTC 107/1992, de 1 de julio, FJ 4; 292/1994, de 27 de octubre, FJ 3; 18/1997, de 10 de febrero y 176/2001, de 17 de septiembre”.

Interesante resolución, en definitiva, la del TS, pues confirma nuevas alternativas para que los lesionados por ciertas actuaciones de los Estados vean satisfechos sus derechos sin que la inmunidad de ejecución lo impida de manera absoluta. La consolidada tendencia a declarar las cuentas corrientes de las Embajadas como bienes de las mismas y, por tanto, intocables, había creado ciertamente no pocas situaciones de indefensión que con esta nueva vía podrían solucionarse.

#### IV. DERECHO DEL MAR

##### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 596/2008, de 20 de septiembre**

Recurso de casación núm. 10824/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta

##### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 671/2008, de 22 de octubre,**

Recurso de casación núm. 11117/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

En relación a la legalidad del abordaje realizado por las autoridades españolas pueden traerse a colación otros pronunciamientos judiciales de la sala 2ª del TS. Por un lado, el fallo de **20 de septiembre de 2008** vuelve a desestimar los recursos de casación interpuestos por condenados por delitos de tráfico de drogas y de tenencia ilícita de armas, entre otros motivos, por la no vulneración a la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal. Precisamente, esta no vulneración se deriva de la realización del abordaje conforme al Derecho Internacional del Mar. A este respecto, señala el fundamento de derecho segundo:

“Por lo que se refiere al derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la intimidad personal, baste decir que, autorizado y producido el abordaje del barco sospechoso de transportar droga, el Derecho Internacional del mar –cumplidas las pertinentes exigencias (en este caso la comprobación de la matrícula del barco y la autorización del Estado del pabellón)– autoriza al Estado requirente a abordar e inspeccionar la nave sospechosa (v. art. 17.4 de la Convención de las N.U. contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas), como se hizo en el presente caso, hallándose la droga intervenida “en la parte del servo y en la sala de máquinas” (v. f. 301); informándose al Juzgado de Instrucción de la fecha prevista de llegada al puerto, e interesándose de la autoridad judicial mandamiento de entrada y registro para llevarlo a efecto en las dependencias personales del barco, diligencia – autorizada por el Juez– que se llevó a efecto posteriormente en legal forma”.

Los fundamentos de derecho 5, 6, 13 y 15 de **la sentencia de 22 de octubre de 2008** determinan la licitud del abordaje a la luz de las mismas previsiones internacionales (art. 17 del Convenio de Viena de 1988 y Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982) y por tanto la no vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la tutela judicial efectiva. Se confirma de este modo la condena por delito contra la salud pública a los tripulantes de barco con pabellón inglés, aprehendido en alta mar por las autoridades españolas tras la pertinente autorización británica.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 641/2009, de 16 de junio**

Recurso de Casación 10864/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrero

El Tribunal Supremo examina en este supuesto la principal normativa internacional e interna sobre abordaje de buques y jurisdicción competente para conocer de presuntos delitos de tráfico de estupefacientes. En concreto, la sentencia analiza las conductas de un grupo de individuos que, so pretexto de desempeñar

una actividad mercantil relativa a la pesca, introducían en España importantes cantidades de cocaína sirviéndose de embarcaciones con pabellón español.

Si bien el órgano jurisdiccional desestima los recursos de casación presentados contra la sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, a propósito de la fundamentación jurídica se encuentran pasajes ilustrativos de las principales disposiciones internacionales aplicables. En primer lugar, al valorar la violación del derecho a la presunción de inocencia, recuerda que tal derecho “implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” (FD 1º). El fundamento de derecho 30 reitera tales afirmaciones.

En segundo lugar, el TS justifica la legalidad del abordaje realizado y la competencia de las autoridades españolas, sobre la base de la normativa internacional que resulta de aplicación (FD 5º y 36º). La cuestión de la jurisdicción es objeto de diferentes valoraciones jurídicas por las partes, debido a la complejidad fáctica del supuesto enjuiciado. La organización desmantelada “dadas sus dimensiones, posee una capacidad operativa notable y que evidencia que supera el mero concierto propio de la coautoría y cuyos efectos exceden del ámbito no sólo de una Audiencia, sino de un solo Estado”. Y los hechos prueban que se ha recibido una cantidad importante de cocaína en aguas internacionales a bordo de un pesquero con bandera española para, a su vez, alijarlos en otra embarcación en un punto próximo al cabo de San Vicente con destino a las costas de la península Ibérica.

A pesar de tales dificultades, el tribunal no duda de que la jurisdicción corresponde a España. Por un lado, porque el artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 20 de diciembre de 1988 de represión del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, le permite adoptar medidas para declarar su competencia en delitos relativos a sustancias estupefacientes cuando el delito se cometa en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación. Además, porque los artículos 3, 4 y 17 del Tratado entre España y Portugal (Lisboa, 20 de enero de 2001) para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar dicho establecen, para aquellos supuestos en los que los hechos se realicen fuera de las aguas territoriales de uno de los dos Estados, la jurisdicción preferente el Estado del pabellón del buque a bordo del cual o a través del cual se hubieren realizado (art. 3.2), incluido el abordaje del buque y demás actuaciones consecuentes para comprobar la comisión de tales infracciones (art. 4).

## V. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 19 de septiembre de 2008**

Recurso de Casación núm. 6031/2007

Ponente: Excm.a. Sra. Dña. Margarita Robles Fernández

En este caso se trata de un recurso de casación interpuesto por el Arzobispado de Valencia contra desestimación por la AN del recurso Contencioso-Administrativo contra la Resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 23 de mayo de 2006, que le insta para que remita al reclamante ante dicha Agencia certificación en la que se haga constar que ha anotado en su partida de bautismo el hecho de que ha ejercido su derecho de cancelación ó que motive las causas que lo impiden. El primer motivo de casación se refiere a la infracción del art. I.6 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos suscritos con fecha 3 de enero de 1979 por la Santa Sede y el Estado español, en relación con el art. 96 CE. Pero el juez *ad quem* no llega a pronunciarse sobre el mismo, habida cuenta de que comienza su argumentación jurídica estimado otro de los motivos casacionales (el tercero).

A juicio del Alto Tribunal, el *quid* de la cuestión radica en la consideración o no de los libros bautismales como ficheros en el sentido de la regulación sobre protección de datos de carácter personal, pues en caso negativo no cabía instar al Arzobispado de Valencia para que, en virtud de la Ley Orgánica 15/1999, anotara el ejercicio por reclamante del derecho a que sus datos fueran cancelados del correspondiente libro parroquial. La mayoría de la Sala no alberga dudas de que nos hallamos ante este segundo supuesto, porque los repetidos archivos “son una pura acumulación de [datos personales] que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo” (Fundamento de Derecho cuarto).

Antes de llegar a tal conclusión reproduce los principales aspectos materiales de la sentencia objeto del recurso señala (Fundamento de Derecho primero), entre los que se halla el relativo a la constitucionalidad del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, tratado internacional aprobado por las Cortes Generales y publicado oficialmente, “lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la CE,

que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, en un lugar subordinado a la Constitución, atendida su posición en el sistema interno de fuentes del Derecho y atendidos los efectos previstos en los artículos 94 y 95 de la CE”. Sentada esta posición del Tratado, en el sistema de jerarquía normativa, la regulación contenida en el mismo ha de ser interpretada conforme a la Constitución, concretamente conforme al derecho fundamental a la protección de los datos. También se recogen otro fundamento jurídico (el tercero) las alegaciones del recurrente a este respecto, que comienzan esgrimiendo la infracción del artículo I.6 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, en relación con el art. 96 de la Constitución. Parten de la consideración de dicho Acuerdo como Tratado internacional, y por tanto reputan de aplicación el art. 27 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, de modo que no cabe acudir al derecho interno español, incluida la propia Constitución, para incumplir lo pactado en el artículo I.6 de aquel Acuerdo Jurídico. Sobre estas cuestiones, se pronuncia el tribunal con carácter previo (fundamento jurídico tercero). Reconoce la naturaleza de tratado internacional del Acuerdo y no estima incompatible sus previsiones (esto es, el apartado I.6) con la Constitución Española (art. 18.4).

### **Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 11 diciembre 2008 (RJ\2009\288)**

Cuestión de competencia

Ponente: Excmo Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

La sentencia es una clara prueba, y por eso la incluimos en este apartado, de la aplicación que los jueces españoles hacen de los tratados vinculantes para España. Se trata en este caso de un asunto que pretende aclarar la competencia territorial de dos juzgados acerca en aras de decidir el internamiento voluntario de una persona discapacitada. En su razonamiento el TS determina la importancia que para la resolución del asunto tiene la celebración de audiencias entre el juez y la persona afectada, que podrían ser obligatorias en virtud de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008), concluyendo que ese control sólo será efectivo si se realiza por el Juez de lugar donde está la persona internada (FD único). Al Tribunal le basta esta posibilidad apuntada por la mencionada Convención sin que sea necesaria la existencia de ley interna alguna al respecto, pues como señala, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española, “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formaran parte del ordenamiento interno”.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009 de 29 abril (RJ\2009\2901)**

Recurso de Casación núm. 1259/2006

Ponente: Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías

En este caso, se señala la fuerza obligatoria de determinados tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico español de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96 de la CE y en consonancia con la argumentación del Ministerio Fiscal en el recurso de casación (Fundamento de Derecho 3). Éste explicita las líneas generales del tratamiento de las personas con discapacidad conforme al texto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007.

El principal objetivo del Convenio es “promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad” de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su art. 1.2, que las identifica como aquéllas que tengan “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por tanto, se parte de un concepto de incapacidad mínimo y abierto a la diversidad de posibles situaciones y de su evolución (art. 1 y preámbulo de la Convención), y se postula la necesidad de garantizar el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de los incapacitados y especialmente a la hora de determinar sus complementos de capacidad de actuar (art. 12).

Por lo que a juicio del Fiscal el texto parece adoptar el modelo social de incapacitación y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a adoptar una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar. Es el mencionado artículo 12 el que merece una particular atención, al describir explícitamente “el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado”, esto es, las consecuentes obligaciones de los Estados parte en el tratado de respetar o no injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; de proteger o impedir la vulneración de estos derechos por terceros; y el de actuar o tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos.

Por su parte, al examinar el recurso de casación, el Alto Tribunal completa las valoraciones del Fiscal y fija las reglas interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 2006 y lo establecido en el Código Civil (Fundamento de Derecho 5). En su discurso, subyace la consideración de la compatibilidad entre dicho tratado internacional y la normativa española, con especial atención al supuesto enjuiciado, ya que la diversidad de sistemas de protección obedece a la diversidad de situaciones fácticas de los incapacitados, por lo que no atenta contra el principio de igualdad un tratamiento diferente de los afectados por insuficiencia mental.

**Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 33/2009 de 27 de enero.**

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 7052/2008

El Tribunal Constitucional ha explicitado los vínculos entre la normativa penal española sobre menores y la normativa internacional. Ha sido en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona respecto del artículo 50.2 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal del menor por posible infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución. Cuestión esta que resulta inadmitida a trámite.

Es a partir del fundamento jurídico 4, al apreciar si la cuestión es notoriamente infundada, cuando el TC recuerda las características específicas que presenta la justicia de menores en nuestro ordenamiento jurídico, que combina elementos sancionadores y reeducativos. Y prosigue señalando que esta peculiar combinación responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al interés superior del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Seguidamente el mismo fundamento jurídico quinto reproduce el contenido del artículo 40.1 del Convenio, y concluye el examen de la normativa internacional de relevancia para la materia trayendo a colación las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (más conocidas como ‘Reglas de Beijing’ de 28 de noviembre de 1985), en virtud de las cuales el sistema de justicia de menores no sólo debe garantizar que la respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito, sino que también debe atender al bienestar de éstos.

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera)  
núm. 44/2009 de 12 febrero (RTC\2009\44)**

Recurso de Amparo núm. 1267/2009

Ponente: Excm. Sra. Doña María Emilia Casas Baamonde

Este recurso de amparo, finalmente rechazado por el Tribunal Constitucional, pretendía revocar la sentencia de 8 de febrero de 2009 de la Sala Especial prevista por el art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo que había declarado como no conformes a derecho los Acuerdos de las Juntas Electorales de los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipuzcoa, de proclamación de candidaturas presentadas por diversas agrupaciones electorales (Arabako Demokrazia 3.000.000 – D3M, D3M y Demokrazia 3 Milioi – D3M).

Los recurrentes invocan varios preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1977 y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ante lo que el TC reitera su postura habitual ante estos argumentos (FJ 2°):

“aun cuando en la demanda de amparo se invocan con lesiones diversos preceptos del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (RCL 1977, 893) y del Convenio europeo de derechos humano (RCL 1999, 1190, 1572) , no le corresponde a este Tribunal, al conocer del recurso de amparo, 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 (arts. 53.2 CE [RCL 1978, 2836] y 49.1 LOTC [RCL 1979, 2383] ), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (LEG 1948, 1) y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España (SSTC 85/2003, de 8 de mayo [RTC 2003, 85] , F. 6; 99/2004, de 27 de mayo [RTC 2004, 99] , F. 3; 68/2005, de 31 de marzo [RTC 2005, 68] , F. 2, entre otras muchas).

La cuestión de la doble instancia penal también se suscita en la sentencia y, nuevamente, el Tribunal recuerda a las partes que su jurisprudencia es clara en ámbitos fuera del estrictamente penal:

“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 ( STC 128/1998, de 16 de junio [RTC 1998, 128] , F. 4). Dicho de otro modo, no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, que la Ley no prevé para este supuesto”

### **Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 190/2009 de 23 de junio**

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 3141/2009

Con motivo de la desestimación de una cuestión de inconstitucionalidad y en el contexto de la reclamación de antigüedad de profesores de religión en centros públicos, el TC ha tratado cuestiones relativas a los Acuerdos con la Santa Sede. En concreto, el Juzgado de Lo Social plantea la constitucionalidad del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito por España con la Santa Sede el 3 de enero de 1979 (globalmente considerado y en particular de sus arts. II, primero; III, primero; VI, primero y VII) y de algunas disposiciones adicionales de la Ley 2/2006 Orgánica de la Educación, en tanto que “marco normativo regulador de la enseñanza de la religión católica en los centros de enseñanza públicos y del estatuto del profesorado que imparte tal materia sin pertenecer a los cuerpos de funcionarios docentes”.

El juez a quo precisa que no cuestiona la acomodación material de esas normas a la Constitución sino su “*validez formal*”, por entender que infringen la reserva de Ley orgánica (art. 81.1) ya que el modelo de enseñanza y religión católicas en centros públicos desarrolla derechos fundamentales del artículo 27 de la Constitución Española y que, en lo que hace al Acuerdo, debía haberse celebrado con la autorización mediante Ley orgánica exigida por el art. 93 CE. Para el Juzgado, la relevancia de la cuestión resulta del hecho de que la eventual inconstitucionalidad del marco normativo en el que se insertan los contratos de trabajo suscritos por los actores implicaría la nulidad de dichos contratos y, por tanto, la imposibilidad de reconocerles los derechos y retribuciones salariales que reclaman en el proceso a quo.

Se encuentran pasajes interesantes al hilo de la argumentación del Juzgado de Lo Social que remite la cuestión al TC. Entre los mismos, sobresale el inciso en que el órgano judicial proclama que los preceptos cuestionados del Acuerdo con la Santa Sede implican auténticas cesiones de competencia en materia reservada por la Constitución a los poderes públicos y, en cuanto tales y por imperativo del art. 93 CE, su integración en el Derecho nacional debería haberse realizado previa autorización de las Cortes Generales por medio de Ley orgánica, lo que no ha sido el caso con el Acuerdo de 1979.

Por su parte, el Fiscal General del Estado sostiene que la cuestión carece manifiestamente de fundamento y resulta inadmisibile. A ese respeto, alega que la Santa Sede no es una organización internacional, sino un Estado soberano, razón por la cual 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. Por otra parte, alega el Fiscal General que en dicho

Acuerdo podría acaso sostenerse la existencia de una cesión de competencias en los artículos II, III y, quizás, el VII, pero es insostenible que ése sea también el caso con el artículo VI, pues no cabe sostener la competencia de un Estado aconfesional para delimitar los contenidos de la enseñanza de la religión católica. No obstante, concluye que aunque exista en alguna medida una cesión de competencias, ello no implicaría la aplicación del art. 93 CE, pues también en los tratados concertados al amparo del art. 94 CE puede existir tal cesión, si bien entonces la garantía prevista no es la aprobación de una Ley orgánica, sino la aceptación de una obligación indirecta que impone al Estado un desarrollo normativo, estableciéndose así un límite al directo ejercicio de competencias que, por el contrario, sí se consume en los supuestos del art. 93 CE cuando se trata de órganos o instituciones internacionales.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, se pronuncia en el sentido de las alegaciones del Fiscal General del Estado, declarando la inadmisibilidad de la cuestión comentada. Al declarar su inviabilidad, afirma la extralimitación del juzgador *a quo*, que ante un supuesto de reconocimiento de la antigüedad laboral acaba por cuestionar el entero modelo de la enseñanza católica en los centros docentes públicos (Fundamento de Derecho segundo). Por lo que se refiere a la adecuación del Acuerdo con la Santa Sede a la Constitución, el Fundamento de Derecho tercero afirma que “la naturaleza estatal de la Santa Sede no se aviene con el concepto de ‘organización o institución internacional’ a que se refiere el art. 93 CE”, y considera que con el Acuerdo concluido con la Santa Sede en 1979 no se ha cedido el ejercicio de la competencia derivada de la Constitución sobre la programación general de la enseñanza. En este punto, el máximo intérprete de la Constitución trae a colación otras sentencias anteriores en las que sostiene que las facultades atribuidas a la Iglesia Católica en el citado Acuerdo no suponen una cesión competencial típica del art. 93 CE, toda vez que el extrañamiento implícito en los tratados contemplados en ese precepto no se cumple con el acuerdo sometido a examen, dada la perfecta y completa sumisión de sus actos de aplicación a la jurisdicción del Estado (*vid.* STC 38/2008 de 15 de febrero).

### **Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera)**

**158/2009 de 29 de junio**

Recurso de Amparo núm. 8709/2006

Ponente: Excmo. Sr. D. Don Manuel Aragón Reyes

En la línea del anterior pronunciamiento, la Sala primera del máximo intérprete de la Constitución Española tiene en cuenta la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño para desestimar un recurso de amparo interpuesto por un periódico murciano contra sentencia dictada en casación que

confirma finalmente un fallo condenatorio por vulneración del derecho a la propia imagen de un menor.

En el supuesto, se plantea un presunto conflicto entre el mencionado derecho a la propia imagen del menor y la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación. Pero el TC lo desvirtúa mediante un examen pormenorizado del contenido y límites del primero de los derechos, efectivamente vulnerado en el caso enjuiciado por tratarse de un menor al que, en tal condición, el ordenamiento jurídico confiere una especial protección.

Es en este punto, donde la Sala trae a colación las normas internacionales de protección de la infancia “sobre cuyo valor interpretativo *ex art.* 10.2 CE no es necesario insistir” y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que garantiza el derecho de los niños a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, “en la que se establece que ‘todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor’” (fundamento de derecho quinto).

### **Otras resoluciones de interés**

En el lapso temporal objeto de nuestro examen se encuentran otras sentencias referidas a la aplicación de tratados internacionales cuyo contenido reviste menor interés pero que consideramos oportuno al menos mencionar. Es el caso de la **sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1131/2008 de 9 de diciembre**, en un supuesto de compraventa internacional de mercaderías en el que el recurso desestimado (de casación) se apoya en la infracción de la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 11 de abril de 1980.

También cabe reseñar la aplicación de los Convenios suscritos entre España y el Reino Unido e Irlanda del Norte (de 21 de octubre de 1975) y entre España y los Estados Unidos de Norteamérica (de 22 de febrero de 1990), encaminados a evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia del impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio, en los fundamentos jurídicos de la **sentencia de 21 de mayo de 2009 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional**.

Por su parte, la Sala de lo Penal del **Tribunal Supremo** (Sección 1ª), tiene en cuenta el Convenio Único de Estupefacientes de 1961, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas y el Tratado de 2 de marzo de 1998 para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar, en la **Sentencia núm. 641/2009 de 16**

**junio** (fundamento de derecho 21). Al propio tiempo, se reitera jurisprudencia consolidada que recuerda que la Comisión Europea de Derechos Humanos, reconoció que la Audiencia Nacional es órgano judicial ordinario, entre otras, SSTC 199/1987 de 16 de diciembre, 153/1988 de 20 de julio y 56/1990 de 29 de marzo (fundamento de derecho 36).

Por último, no puede dejarse de mencionar la **sentencia 13/2009 de 19 de enero del Pleno del TC**, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 62 Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra algunas disposiciones de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005 de 18 de febrero para la Igualdad de Mujeres y Hombres en el ámbito administrativo y en el ámbito del régimen electoral general. En su texto, se recogen los fundamentos jurídicos del Gobierno Vasco, que se inician con una referencia a diferentes instrumentos y pronunciamientos internacionales relevantes para España en materia de reconocimiento de las mujeres como titulares de derechos (el Convenio de Roma de 1950, el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, la Declaración acordada en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995) y posteriormente examinan el concepto de acción positiva en la doctrina del tribunal Europeo de Derechos Humanos (antecedente 12 de la sentencia).

## VI. DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA IMPUESTA

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 609/2008, de 10 octubre (RJ\2008\7259)**

Recurso de Casación núm. 1782/2007

Ponente: Excmo Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

### **Auto del Tribunal Constitucional núm. 136/2009, de 6 mayo (RTC\2009\136 AUTO)**

Recurso de Amparo núm. 6360/2006

Aunque la cuestión del derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta ya no es tan frecuente como en años anteriores<sup>3</sup> en la jurisprudencia,

3. Basta para comprobarlo acudir a las sentencias, más numerosas en número, comentadas sobre este asunto en los últimos años en esta misma publicación.

dencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, aún algunos autos y sentencias la contemplan.

En el asunto sobre tráfico de drogas sobre el que versa la primera de las resoluciones de este apartado (la sentencia de 10 de octubre de 2008) y en cuyo análisis, por ser más rico, nos centramos, la recurrente alega (FD 3º) la infracción de los derechos de un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, acogiéndose, entre otros preceptos al artículo 15.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1977. El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 sostuvo que el sistema de casación penal español, que impide la plena revisión de los hechos declarados probados en única instancia ante la Audiencia Provincial, vulnera ese Pacto lo que según la recurrente se ha visto reforzado ante la entrada en vigor de 15 de enero de 2004 de la última reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Tribunal declara sin embargo inadmisibles tal pretensión alegando los argumentos en los que tradicionalmente se apoya para resolver estas cuestiones. En primer lugar, recuerda que no está desarrollada la implantación de la apelación que la Ley 19/2003 de 12 de diciembre de 2003 de modificación de la LOPJ aplaza (disposición adicional segunda), sin que se haya concretado por tanto la forma en que deberían tramitarse tales apelaciones, lo que obliga a seguir aplicando los artículos 847 y ss. de la LeCrim (sobre la tramitación de los recursos de casación contra las resoluciones dictadas en juicio oral y única instancia). En segundo lugar, en lo que se refiere a la cuestión de si la actual regulación de la casación penal respeta el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecto de la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un tribunal superior, el Tribunal alude a sentencias previas del TC (170/2002 de 3 de abril, 80/2003 de 28 de abril, 105/2003 de 2 de junio, 123/2005) y del TS (408/2004 de 24 de marzo, 121/2006 de 7 de febrero, 741/2007 de 27 de julio, 893/2007 de 31 de octubre, 918/2007 de 16 de noviembre) en las que se niega esta posibilidad.

Es más, siguiendo una práctica habitual en los últimos años en los que, al ser la jurisprudencia muy clara, los jueces prefieren recurrir para dilucidar el tema a sentencias previas, se cita expresamente la sentencia del Tribunal Supremo 1074/2005, de 27 de septiembre:

“En efecto como recuerda la STS 1074/2005 de 27 de septiembre ( RJ 2005, 7552) con cita en la STS 2047/2002, de 10 de diciembre ( RJ 2003, 473) : “si bien el Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 20 de julio del año 2000 en el caso “Cesáreo Gómez” ha apreciado en un determinado recurso la vulneración del derecho reconocido en el art. 14 5º del Pacto ( RCL 1977, 893)

, pero esta resolución se refiere a un caso específico, no generalizable, y lo cierto es que en la escuetísima fundamentación de fondo de la resolución dictada no se entró realmente a valorar las características actuales del recurso de casación penal español tal y como funciona en la realidad jurisdiccional.

Ha de tenerse en cuenta que el referido Dictamen del Comité se limita, en cuanto a la cuestión de fondo, a señalar (parágrafo 11. 1) que “de la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisadas íntegramente”. Si acudimos al parágrafo 8. 6 para conocer cual fue la información proporcionada por la representación procesal del Estado Parte, se aprecia que, según el Comité, “el Estado Parte aduce...que el recurso de casación español satisfaca plenamente las exigencias de la segunda instancia aunque no permita revisar las pruebas salvo en casos extremos que la propia Ley señala”.

Ello nos permite deducir que la información proporcionada al Comité sobre nuestro recurso de casación penal se limitaba a explicitar las limitadas posibilidades de revisión fáctica reconocidas en la Ley (error de hecho fundado en documento auténtico, art. 849 2º de la LECrim [ LEG 1882, 16] ), pero no las posibilidades de revisión fáctica mucho más amplias abiertas por la Constitución (presunción de inocencia, interdicción de la arbitrariedad, exigencia de motivación), la jurisprudencia constitucional y la práctica jurisdiccional efectiva del actual recurso de casación”.

El Tribunal Supremo confirma una vez más, por tanto, que aunque la legislación española es aún deficiente en este sentido, la jurisprudencia siempre ha permitido salvar ese fallo del sistema de casación penal español, pues ha ampliado de manera más flexible el recurso de casación penal siempre en aras de favorecer al justiciable.

El Tribunal Constitucional, por su parte, desde la sentencia 60/85 ha coincidido con el Tribunal Supremo al declarar él también que el recurso de casación cumple con el artículo 14.5 del Pacto de 1977 y que esa norma no da derecho a recursos no reconocidos por nuestra legislación. En la sentencia que nos ocupa se afirma lo siguiente:

“Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la ley. Este derecho podrá ser objeto de excepciones

en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretado con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a “fallo condenatorio y la pena”. Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir, un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto si se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia” (...).

“El cumplimiento por este Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que este Dictamen, que resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto, exija, en modo alguno un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencia en el Tribunal Supremo como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que

procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

Por último es de interés destacar dos cuestiones: 1º) que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewengutin y Deperris, que fueron inadmitidas, respectivamente, el 30 de mayo y el 22 de junio de 2000, consideró que en el art. 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de Derecho. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio”.

El Tribunal recuerda también que en fecha posterior al Dictamen que alega la parte demandante (de 20 de julio de 2000), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha dado la razón a España al entender lo siguiente:

(...) “Que posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, en las que el Comité considera adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación. Así la Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 Parra Corral c. España, 4.3) en la que se señala que “la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena”. Igualmente, la Decisión de 25 de julio de 2005, (comunicación núm. 1399-2005, Cuartero Casado c. España, § 4.4) que destaca que “con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual”. Del mismo modo, la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005, Bertelli Gálvez c. España, § 4.5, poniendo de manifiesto que “en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que –la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo–, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era

culpable de estafa porque –hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés-”. Y, por último, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, Carballo Villar c. España, § 9.3) al afirmar que “con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél”, por lo que considera que la queja “no se ha fundamentado suficientemente a efectos de admisibilidad” y la declara inadmisibile”.

De acuerdo con lo expuesto, concluye el Tribunal, se puede afirmar que no existe la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación del actual recurso de casación en materia penal.

### **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 7 de mayo de 2009**

Recurso contencioso-administrativo núm. 567/2007

Ponente: Excma. Sra. Dña. Isabel García García-Blanco

La Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse esta vez sobre la doble instancia penal pero haciendo especial referencia al valor de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, razón por la cual hemos considerado oportuno analizar esta sentencia de manera expresa. El asunto surge con ocasión del recurso contencioso-administrativo contra Resolución del Secretario de Estado de Justicia desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia. Dicha reclamación se refiere a la condena en única instancia ante la Sala de lo Penal del TS por la condición de aforado del inculpado (diputado de las Cortes de Castilla La Mancha), como autor de un delito de falsedad en documento privado.

Sin entrar más en el fondo del asunto, merece especial atención el Fundamento Jurídico segundo de la decisión judicial, en el que se trata del valor del dictamen de 5 de noviembre de 2004 del Comité de Derechos Humanos de la ONU. El dictamen manifestaba que el Estado español había vulnerado el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al no haberse dado la oportunidad de obtener una revisión de la sentencia y de la condena del Tribunal Supremo, por lo que consideraba que a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del art. 2 del Pacto, el Estado debía

proporcionar al interesado un recurso efectivo que incluyera una indemnización adecuada.

La AN reitera su postura en otras sentencias desestimatorias de indemnización por responsabilidad patrimonial sobre la base de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos del PIDCP referidos a la necesidad de una doble instancia penal. En las mismas, la Audiencia pone de manifiesto cómo la jurisprudencia del TS y el TC (STS Sala Segunda de 25 de julio de 2002 y STC 70/2002 de 3 de abril FJ 6) cuestiona el valor vinculante de estos dictámenes, y afirma “que los Dictámenes del Comité no son resoluciones judiciales, al carecer de facultades jurisdiccionales, ni pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, al carecer de competencia para ello; y finalmente el contenido de los derechos y el alcance de reparación de los mismos no tiene necesariamente que coincidir con el establecido en nuestro ordenamiento interno, sino que tan solo constituye un mínimo exigible”. Es así que la sentencia comentada, en su fundamento de derecho tercero, sostiene que la sentencia del TS, condenatoria para el recurrente, “no ha sido anulada, ni puede serlo, por el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU”.

Posteriormente, la Audiencia trae a colación el contenido del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y concluye que el mismo “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 o libertades reconocidos en el Pacto, sino la obligación de articular un procedimiento que haga posible reclamar la indemnización que proceda”. Por lo que remite a las instancias internacionales competentes cualquier pretensión de valorar el cumplimiento por parte del Estado Español del Dictamen del Comité, o exigir a la Administración española el indicado cumplimiento.

## VII. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, sec. 7ª) de 13 de octubre de 2008**

Recurso de casación núm. 1553/2006.

Ponente: Exmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

En recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales, la Sala 3ª del TS revoca sentencia del TSJ de Madrid al estimar lesionado el derecho a la intimidad domiciliaria de los residentes en un municipio cercano al

aeropuerto de Barajas por el sobrevuelo a baja altura de grandes aviones. Si bien los recurrentes estiman violados también los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral (artículos 15 y 18.1 y 2 de la Constitución), el Tribunal tiene en cuenta la normativa y jurisprudencia aducida por los mismos para pronunciarse únicamente en dicho sentido que acoge parcialmente sus pretensiones (fd 7 y 8).

Es en el fundamento de derecho segundo donde se recogen las manifestaciones de los recurrentes que aducen textos internacionales, en concreto el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de abril de 1999, así como la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en especial la de su Sentencia de 16 de noviembre de 2004, dictada en el caso Moreno Gómez contra España.

Por su parte, el órgano jurisdiccional se detiene en tales argumentos para rebatir la existencia de atentados al derecho a la vida y a la integridad física y moral. Merecen especial mención los fundamentos de derecho noveno a undécimo, en que los que Sala refiere las diferencias entre el supuesto de la sentencia del TEDH, y reconoce como “el artículo 10.2 de la Constitución (les) obliga a tener presente este fallo del Tribunal de Estrasburgo a la hora de resolver este recurso”. Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal concluye sus argumentaciones jurídicas cuantificando la indemnización por vulneración del derecho sirviéndose del propio fallo del TEDH (FD 12º).

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 5ª) de 18 de noviembre de 2008**

Recurso de casación núm. 25/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca

El TS desestima recurso de casación y confirma la condena a un militar en Sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo, por dos delitos consumados de abuso de autoridad del artículo 106 del Código Penal Militar, en su modalidad de trato degradante a un inferior. El derecho fundamental implicado se recoge en el artículo 15 de nuestra Carta Magna: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Para determinar el alcance de dicho derecho y en aras a justificar la existencia de trato degradante, el fundamento de derecho tercero de la sentencia comentada remite al artículo 10.2 CE, y recuerda las disposiciones de los tratados aplicables al caso: el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948; el artículo 3 del Convenio Europeo para

la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el párrafo primero del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 16 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

Pero el Supremo no se queda ahí, sino que prosigue concretando el alcance de dicho derecho, y de la protección penal que le confiere el artículo 106 del Código Penal Militar, sirviéndose de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que delimita los actos inhumanos o degradantes e interpreta el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en el siguiente sentido:

“el artículo 3 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 debe considerarse una de las cláusulas primordiales del Convenio y que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forma el Consejo de Europa. En contraste con las demás disposiciones del Convenio está redactado en términos absolutos, no previendo ni excepciones ni condiciones, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio no cabe en él ninguna excepción, además de que para que pueda apreciarse el trato inhumano o degradante a que se refiere dicho artículo 3 los malos tratos han de revestir un mínimo de gravedad, indicando que la apreciación de ese mínimo es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc. (Sentencias, entre otras, de 9 de junio de 1998 –caso Tekin contra Turquía– EDJ1998/7604 , 10 de febrero de 2004 –caso Gennadi Naoumenko contra Ucrania– EDJ2004/730 y 26 de septiembre de 2006 –caso Wainwright contra el Reino Unido– EDJ2006/261299 ).

Junto a esa exigencia de gravedad, la jurisprudencia del TEDH señala otro requisito que debe concurrir en el trato degradante, a saber (párrafo 67 de su Sentencia de 18 de enero de 1978 –caso Irlanda contra el Reino Unido), que pueda crear en la víctima “sentimientos de temor, de angustia e inferioridad, susceptibles de humillarle, de envilecerle y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral”, así como que “el sufrimiento y la humillación infligidos deben en todo caso ir más allá de los que comporta inevitablemente una forma concreta de trato o pena legítimos” (Sentencias en los casos Labita contra Italia, Valasinas contra Lituania y Alver contra Estonia, entre otras), añadiendo que el trato degradante es aquel cuyo objeto es “humillar y rebajar públicamente”, de forma que se apodere de la víctima “un sentimiento de terror e inferioridad”, sin que, por otro lado, la ausencia de la intención de humillar y degradar a la persona afectada excluya de forma concluyente la estimación de una vulneración del artículo 3 del Convenio (Sentencia de 16 de diciembre de 1997 –caso Raninen contra Finlandia”).

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), de 11 de febrero de 2009 (RJ 2009\1877)**

Recurso de Casación núm. 1013/2008

Ponente: Excmo Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 11 febrero de 2009 (RJ\2009\1879)**

Recurso de Casación núm. 948/2008

Ponente: Excmo Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 11 febrero de 2009 (RJ 2009\1878)**

Recurso de Casación núm. 905/2008

Ponente: Excmo Sr. D. Juan José González Rivas

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 11 mayo de 2009 (RJ\2009\3325)**

Recurso de Casación núm. 3969/2008

Ponente: Excmo Sr. D. Ramón Trillo Torres

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 11 mayo 2009 (RJ\2009\3331)**

Recurso de Casación núm. 3971/2008

Ponente: Excmo Sr. D. Ramón Trillo Torres

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7ª), de 11 de mayo de 2009 (RJ\2009\3329)**

Recurso de Casación núm. 4404/2008

Ponente: Excmo Sr. D. Ramón Trillo Torres

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 3 julio de 2009 (JUR\2009\390086)**

Recurso de Casación núm. 1174/2008

Ponente: D. Ramón Trillo Torres

Son varias las sentencias en las que durante el último año el TS ha debido enfrentarse a la cuestión de la objeción de conciencia de las asignaturas Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos y Educación ético-cívica<sup>4</sup> y en las que ha existido una referencia al artículo 10.2 de la Constitución Española.

Más allá de las reflexiones acerca del contenido del derecho a la objeción de conciencia<sup>5</sup>, la cuestión que nos interesa desde el punto de vista del Derecho Internacional es la continua referencia que se hace, vía artículo 10.2 de la Constitución española, a tratados internacionales vinculantes para España en la materia y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que nos permite determinar que este precepto sigue gozando de una excelente salud en nuestros tribunales<sup>6</sup>. Llama sin embargo la atención una precisión que, aunque perteneciendo más bien a la esfera del Derecho Comunitario (que, como es sabido, no es objeto de estos comentarios), hemos considerado conveniente reseñar y que se repite prácticamente con redacción idéntica a la que transcribimos en las diferentes sentencias:

“... , por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836) para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ( LCEur 2000, 3480) , que dispone: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

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 artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008 ( RCL 2008, 1437) , por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya

4. Ante el elevado número de sentencias sobre esta cuestión, nos hemos limitado a recoger sólo algunas de ellas.

5. Acerca de lo cual el TS señala: “además de recordar que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado. Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo (FD 6º de la sentencia de 11 de febrero de 2009, RJ 2009\1877).

6. De hecho, en los votos que varios magistrados (sobre todo en los votos particulares del Sr. Don Juan José González Rivas) aportan a las distintas sentencias se hace un estudio aún más en profundidad de las distintas convenciones en la materia y de las sentencias del TEDH.

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. El artículo 10.2 de la Carta, además, 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”

Como se observa, el Tribunal recurre a un tratado aún no en vigor en la fecha que se dicta la resolución (Tratado de Lisboa) y a otro sobre derechos humanos (la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) que adquirirá la condición vinculante cuando la entrada en vigor del primero lo permita, para llevar a cabo el ejercicio de interpretación del derecho a la objeción de conciencia.

Por lo demás, hay dos sentencias del TEDH a las que alude el Tribunal, aunque aclara que son cuestiones que atañen más bien a la enseñanza de una determinada religión y no puede ser estrictamente aplicables a las controvertidas asignaturas que han dado lugar a la sentencia: los asuntos Folgero y otros contra Noruega (de 29 de junio de 2007) y Hasan y Eylem Zengin contra Turquía (de 9 de octubre de 2007). En los dos supuestos, el Tribunal de Estrasburgo consideró que el deber de cursar las asignaturas (religión luterana y religión islámica sunita, respectivamente), sin posibilidad de dispensa, vulneraba el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, sec. 8ª), de 11 de mayo de 2009**

Recurso de casación 69/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

En el *iter* argumental de la sentencia de la sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009 está presente el artículo 10.2 de la Constitución Española, conforme al cual las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas se interpretarán de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España. El precepto constitucional en cuestión es el artículo 16, sobre libertad ideológica, religiosa y de culto.

Los antecedentes del pronunciamiento judicial se remontan al pretendido ejercicio de la objeción de conciencia por parte del titular de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción con funciones de Registro Civil, en relación con los expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo. No obstante, si bien dicho juzgador y ahora recurrente estima dicha objeción acorde con la Constitución Española y la normativa y jurisprudencia del Consejo de Europa,

no encuentra apoyo en ninguna de las instancias a las que se dirige, salvo en la sede de votos y opiniones particulares o abstenciones (1 en la Comisión Permanente del CGPJ, 3 en el Acuerdo del Pleno del CGPJ).

El Supremo confirma la postura de los pronunciamientos precedentes, y desestima el presente recurso contencioso-administrativo impidiendo que el titular del juzgado ejerza del derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos y, según reconocen los votos particulares, el derecho reconocido en el artículo 16 CE. Y es en el curso de su argumentación jurídica donde tiene en cuenta el artículo 10.2 CE en relación al artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). El segundo precepto reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión, o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

El recurrente apoyaba su posición en dicho artículo y en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Campbell y Cosans contra el Reino Unido de 1982), la cual también entiende aplicable el voto particular formulado en relación del Acuerdo del Pleno del CGPJ (FD 3º de la sentencia). El voto parte de que la objeción de conciencia es una especificación de la libertad ideológica reconocida en el artículo 9 del CEDH y reconoce que “la jurisprudencia constitucional española y las tendencias imperantes en el Derecho Comparado demuestran que los comportamientos de objeción de conciencia de trasfondo religioso parecen exigir un mayor grado de tutela que los simplemente ideológicos, extremo en el que recuerda la sentencia Campbell y Cosans del Tribunal de Estrasburgo y la nota de la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica, ya invocadas por el recurrente”.

El Tribunal Supremo se detiene a examinar estas alegaciones aún sin necesitarlo para fundamentar su fallo desestimatorio, que se apoya en consideraciones jurídicas de Derecho interno. Pero ante la insistencia del recurrente y la argumentación del voto particular dedica el fundamento de derecho octavo a

rebatir que el artículo 9 CEDH reconozca un derecho a la objeción de conciencia y a rechazar que la sentencia del caso Cosans y Campbell (“dictada en un supuesto bien diferente al que se contempla”) sustente la postura del recurrente.

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda)  
núm. 108/2008, de 22 septiembre, RTC\2008\108**

Recurso de Amparo núm. 1571/2005

Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno),  
núm. 141/2008 de 30 octubre (RTC\2008\141)**

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 6563/2006

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera)  
núm. 140/2009, de 15 junio (RTC\2009\140)**

Recurso de Amparo núm. 3520/2005

Ponente: Excmo. Sr. Don Pablo Pérez Tremps

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera)  
núm. 171/2009, de 9 julio ( RTC\2009\171)**

Recurso de Amparo núm. 7083/2005

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-  
Administrativo, sec. 5ª) 484/2007, de 15 de octubre de 2008**

Recurso 484/2007.

Ponente: Sr. D. Fernando Benito Moreno

Todas estas sentencias, referidas a cuestiones diferentes, comparten el hecho de que el artículo 10.2 es el instrumento que se alega para la interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos, fundamentalmente las de la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, el Convenio

Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950 y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1977.

## VIII. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO

### **Sentencia de Audiencia Nacional (Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de abril de 2009**

Entre las numerosas sentencias dictadas sobre asilo en el período que nos ocupa, nos limitamos a señalar las más ilustrativas. Entre ellas, destaca esta que recogemos en la que se confirma la denegación del estatuto de asilado a un sujeto que reconoce haber integrado las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia). Si bien el sujeto en cuestión considera que tal antecedente podría ser compatible con el estatuto de asilo que solicita, ninguno de los órganos que conoce del asunto comparte su postura.

El recurrente insiste en el carácter forzoso de su colaboración con la guerrilla que, por sí mismo y en consonancia con las “Consideraciones sobre la Protección Internacional de los solicitantes de asilo y refugiados colombianos” de 2005 del ACNUR, no implicaría exclusión forzosa del estatuto de asilado a no ser que no se le atribuyesen violaciones graves del Derecho internacional humanitario o los derechos humanos. E incluso se dedica a desvirtuar la inclusión de las FARC en la lista de organizaciones terroristas, y postular la necesidad de protección ante la persecución efectuada a los arrepentidos en su país.

El Tribunal de instancia no se centra en determinar si dicha participación en las FARC impediría la aplicación de los textos internacionales sobre asilo y refugio. Sino que el elude pronunciarse sobre esta cuestión con carácter general y se limita a justificar en virtud del principio de legalidad la actuación de la Administración española en el caso sometido a examen. Ésta ha aplicado la normativa interna (la Ley 5/1984) para inadmitir la petición de asilo cuando la parte actora ofrece un relato que no encaja en las causas de protección establecidas por la Convención de Ginebra de 1951 y la sitúa en el marco de la criminalidad común o de la actividad terrorista o de los crímenes contra la humanidad. En concreto, considera existen motivos fundados para considerar que el solicitante incurría en una de las causas de inaplicabilidad de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, previstas en el artículo 1.F del mencionado Convenio .

En relación a exclusión de los miembros de las FARC de la protección contemplada en los textos internacionales, la Audiencia Nacional se limita a señalar que, aunque el relato de la parte actora presenta una larga historia de par-

ticipación en la guerrilla colombiana ejercitando actividades que en ocasiones se insertan dentro de una actividad criminal común e incluso sanguinaria y en otras ocasiones en el marco de una actividad de signo terrorista, “que no este el lugar de definir si dichas actividades, que siempre tienen naturaleza compleja, encajan mejor en un tipo de conducta o de otra, o en el más amplio calificativo de actividades o crímenes contra la humanidad, puesto que en la línea divisoria entre unas y otras conductas, es siempre frágil, y queda sometida a la interpretación de la normativa internacional y de los distintos códigos penales internos” (fundamento de derecho 1).

Pero sí que se ocupa la Audiencia de rebatir las restantes alegaciones del recurrente (fd 4). Por un lado, reconoce que las FARC han sido incluidas en diversas listas de organizaciones terroristas entre ellas la *Foreign Terrorist Organizations* del Departamento de Estado de Estados Unidos, o la lista adoptada por la Unión Europea). Por otro lado, insiste que en Colombia no consta la persecución de los antiguos integrantes de la FARC y sí el compromiso del gobierno en la lucha contra el terrorismo, para lo cual existen programas de protección a reinsertados que abandonan la militancia en grupos guerrilleros o terroristas, todo lo cual se plasma, además, en programas de desmilitarización. Finalmente, el órgano jurisdiccional subraya que la mera pertenencia del recurrente a las FARC, con independencia de las actividades concretas que desarrollara en el seno de dicha organización, ya es un delito. En este punto se remite a la Sentencia de la misma Sala y Sección de fecha 22 de abril de 2009, en relación con la solicitud de asilo formulada por un compañero del recurrente, que solicitó asilo al mismo tiempo alegando hechos análogos.

### **Otras sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS (Sección 5ª)**

Un supuesto bien distinto al anterior pero respecto a nacionales del mismo país es el de la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS de **6 de octubre de 2008**, por la que la Sala casa un pronunciamiento de denegación de asilo por la deficiente información de derechos que se hizo al interesado. Más concretamente, el Tribunal constata la falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio, y deriva de tal omisión una situación real y efectiva de indefensión con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas. A este respecto, el fundamento jurídico cuarto reproduce el artículo 2 de la Ley 1/1996 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, que establece quiénes tendrán derecho a dicha asistencia “en los términos y con el alcance previstos en esta

Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte”.

La **sentencia de 18 de diciembre de 2008** reafirma que no se ha acreditado haber sido objeto de persecución en Colombia por ninguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra de 1951, sin que existan tampoco indicios, ni en el expediente administrativo ni en el recurso contencioso-administrativo, del que se deduzcan de forma suficiente y verosímil ese requisito esencial (FD 2º). Destacan algunos de sus pronunciamientos, por recoger jurisprudencia consolidada acerca de la aplicación de dicho Convenio a los solicitantes de asilo colombianos (FD 4ª), así como sobre los requisitos de la condición de refugiado (FD 5º) y la valoración de la actividad probatoria (FD 6º).

Otro supuesto sometido a la consideración del Tribunal Supremo confirma denegaciones de asilo de una familia colombiana: la sentencia de la misma sección y sala del TS de **31 de marzo de 2009**, por la que se desestima un recurso de casación del Abogado del Estado, manteniendo la concesión de asilo a una familia colombiana ante la realidad de una persecución de la familia en su país, sin que su desplazamiento a otra zona del país sirva para garantizar su seguridad. Una nota peculiar del caso es la conexión del expediente de asilo enjuiciado con otro del cónyuge de la nacional cuyo derecho se reconoce, y el apoyo de la sala del Supremo en la sentencia dictada en relación al mismo.

## IX. LA CONDICIÓN DE APÁTRIDA

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 19 de diciembre de 2008**

Recurso de Casación núm. 7337/2005

Ponente: Excmo Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López

En este caso, el TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de octubre de 2005 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Al casar dicho pronunciamiento, el Alto Tribunal puede entrar a conocer del supuesto de hecho subyacente, relacionado con el reconocimiento del estatuto de apátrida.

La sentencia ahora casada desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Resolución dictada por el Ministerio del Interior de 24 de mayo de 2004, por la que se denegaba el reconocimiento de dicho estatuto a un joven nacido en los campos de refugiados del Sahara Occidental en agosto de 1981, de padres también saharauis, y que llegó a España en un barco pesquero. Conforme reproduce el fundamento jurídico 2 de la sentencia

del TS que comentamos, estas consecuencias se debían a la aplicación de la normativa internacional al caso particular enjuiciado, habida cuenta de que no se podía reconocer el estatuto de apátrida a un sujeto que carecía de nacionalidad por causas imputables a su voluntad. Porque el joven en cuestión ya recibía protección, como saharauí, por un organismo de la ONU distinto del ACNUR (la Misión de Naciones Unidas para el Sáhara Occidental), lo que a juicio de la Audiencia Nacional impedía la aplicación de la Convención de 1954 sobre el Estatuto de Apátrida. Además, se tomaba en cuenta que existían acuerdos de colaboración entre el Frente Polisario y Argelia para la concesión de pasaportes ordinarios argelinos a los ciudadanos saharauís.

Pero el Alto Tribunal rechaza tal argumentación y estima el recurso, sobre la base de pronunciamientos recientes sobre cuestiones sustancialmente iguales, y en particular las sentencias de 20 de noviembre de 2007 y 18 de julio de 2008 (fundamento de derecho tercero). Éstos rebaten las dos razones de la desestimación del estatuto de apátrida (esto es, que el solicitante ya recibía protección de un organismo de las Naciones Unidas y que Argelia concede pasaportes a los saharauís), por considerarlas insuficientes.

Respecto de la concesión de pasaporte por parte de Argelia, el juzgador insiste en que ello no supone en ningún caso la atribución de nacionalidad argelina. De hecho, según refiere, “Argelia nunca ha efectuado manifestación alguna —expresa ni tácita— tendente al reconocimiento u otorgamiento de la nacionalidad argelina a los saharauís que, como refugiados, residen en los campamentos de Tinduff”, sino que por razones humanitarias se limita a emitir pasaporte a los saharauís refugiados en su territorio con la finalidad de poder salir por vía aérea a países que —como España— no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui Democrática. A este propósito recuerda las notas más sobresalientes de la nacionalidad no originaria: “implica, pues, la aceptación —por supuesto, voluntaria— de un nuevo status jurídico si se cumplen las condiciones legales previstas internamente por cada país, mas, en modo alguno, la nacionalidad puede venir determinada por la imposición, por parte de un país, con el que se mantienen determinados vínculos —por variados motivos— en relación con quien no desea dicha nacionalidad, por no concurrir un sustrato fáctico entre ambos que permita la imposición de la relación jurídica configuradora de la citada relación. La nacionalidad, pues, es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado y del individuo; mas todo ello, como venimos señalando, en el marco de una relación de voluntariedad y mutua aceptación”.

Y en cuanto a la protección de los saharauis por parte de las Naciones Unidas la Sala afirma (FD 3º) que resulta inaplicable esta excepción a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1954 contemplada en su art. 1.2.i. Ello se debe a que la Resolución del Consejo de Seguridad nº 690 de 24 de abril de 1991, por la que se creó la Misión de Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO), en modo alguno reconoce a la recurrente la protección y asistencia exigida por la excepción convencional. Porque los cometidos de MINURSO se relacionan con una situación bélica y la celebración de un referéndum y, empleando las palabras del propio Tribunal, “no parece, pues, que con tan específicas competencias la citada Misión pueda otorgar a los saharauis la protección y asistencia que la Convención requiere para excluir a los mismos de su pase a la situación de apatridia. Escasa protección y asistencia puede deducirse de tal Misión por parte de quienes –desde hace mas de treinta años– viven como refugiados en el desierto de una país vecino, y sin que el ordenado referéndum se haya celebrado tras los citados dieciséis años de espera”. Por lo que nada obsta para que el Tribunal Supremo reconozca en su fallo la condición de apátrida del joven recurrente saharauí.



# Recensiones

---

