

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

María José CERVELL HORTAL
Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

I. JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

Sentencia del Tribunal Supremo 1240/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 11 de diciembre (RJ 2006\8241)

Recurso de casación núm. 829/2006

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

El Tribunal Supremo declara en este asunto la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, casándose así parte del auto dictado por la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional el 8 de marzo de 2006. Los hechos que se plantearon fue la muerte del periodista español de la cadena Telecinco (Rogelio) en el hotel Palestina de Bagdad el 8 de abril de 2003 como consecuencia del disparo de un carro de combate estadounidense que alcanzó la planta 15 del edificio. El juzgado de instrucción consideró que tales hechos constituían un delito contra la comunidad internacional (art. 608.3 del Código Penal) y un delito de asesinato (art. 139) y dictó un auto (19 de octubre de 2005) acordando la busca, captura y detención de los tres militares estadounidenses presuntamente autores del disparo. El auto fue recurrido por el Ministerio Fiscal de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, cuya sección segunda dictó una nueva resolución (8 de marzo de 2006) estimando el recurso por la falta de jurisdicción de los tribunales españoles y por la falta de dolo intencional que debiera concurrir para afirmar la existencia del delito de crimen de guerra del artículo 611 del Código Penal (en relación con el IV Convenio de Ginebra de 1949, artículos 146 y 147 y con el Protocolo Adicional I de 1977, artículo 79), considerando la Audiencia que la muerte del pe-

* La selección se ha referido exclusivamente a las decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de octubre de 2006 hasta el 1 de septiembre de 2007.

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

riodista no fue resultado de un acto intencional doloso sino de un acto de guerra. El recurso de casación interpuesto posteriormente ante el Tribunal Supremo fue, finalmente, estimado.

El Tribunal Supremo realiza en este asunto interesantes observaciones respecto de la figura de la jurisdicción universal, que tantos problemas ha suscitado en los últimos tiempo en la jurisprudencia española¹. De hecho, tras varias sentencias restrictivas con el principio (Guatemala², Tibet³, y caso Couso⁴ sobre todo) en las que el Tribunal Supremo consideraba esencial la existencia de un punto de conexión (la nacionalidad española de alguna de las víctimas o la presencia de los culpables en territorio español) para que los tribunales españoles pudieran ejercer esta actividad y las críticas que suscitaron por parte del Tribunal Constitucional, que corrigió la interpretación rigorista del TS⁵, esta resolución es buena prueba del cambio de rumbo que respecto de la cuestión ha dado el Tribunal.

Tras una reflexión acerca de la expansión de la jurisdicción del Estado más allá de sus fronteras respecto de determinados delitos tras la Carta de las Naciones Unidas y la consecuente aparición de tribunales penales internacionales (FD 6º), el Tribunal enumera los convenios internacionales aplicables al asunto: los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977. En concreto, es el artículo 146 del Convenio IV el que obliga a las partes contratantes a “tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren o diesen orden de cometer cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio” y el que establece el principio *aut dedere aut iudicare*. El artículo 70 del Protocolo Adicional I declara, por su parte, que los “periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50” y “serán protegidos como tales...”. Como consecuencia de estos

1. Véase, en la sección de jurisprudencia de este Anuario correspondiente a números anteriores, los casos Guatemala (*Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX [2003], pp. 467-471 y el comentario, en ese mismo número, pp. 519-534, de J. E. Esteve Moltó y *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXII [2006], pp. 611-619), Tibet (*Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXI [2005], pp. 564-568), Scilingo (*Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXI [2005], pp. 569-573) y Couso (*Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXII [2006], pp. 649-652).

2. STS 327/2003, de 25 de febrero.

3. STS 345/2005, de 18 de marzo.

4. Auto de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2006.

5. STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005 (véase *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXII [2006], pp. 611-619).

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

instrumentos jurídicos, nuestro Código Penal de 1995 castiga, en su artículo 611.1 al que “con ocasión de un conflicto armado: 1º. Realice u orden realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla” y el artículo 608 considera, a los efectos del capítulo III del Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional), como personas protegidas a “la población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977”.

El artículo 23.4 de la LOPJ, sabido es, establece la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer “de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos (...) h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. El Tribunal Supremo reconoce los problemas que la amplitud con la que se redactan los términos del artículo plantean, lo que, a su entender, provocó la delimitación hecha en las sentencia Guatemala (sentencia de 25 de febrero de 2003) con el fin de poner de manifiesto la necesidad de un punto de conexión para fundamentar la jurisdicción penal española, al tiempo que admite que la intervención “de los Tribunales españoles, respecto de hechos cometidos fuera de su territorio, puede plantear indudables conflictos desde el punto de vista de las relaciones internacionales del Estado español, competencia propia del Gobierno de la Nación (art. 7 CE), materia, por tanto, ajena a la función jurisdicción, pero que, sin duda, los Tribunales no pueden desconocer de modo absoluto” (FD 8º).

El Tribunal realiza, asimismo, un análisis de la figura de la jurisdicción universal en Derecho comparado (en concreto, en la legislación belga y en la alemana, FD 8º), dando de las limitaciones que la figura ha sufrido en estos dos sistemas en los últimos tiempos, así como de las opiniones de parte de la doctrina al respecto; en concreto, se hace referencia a los Principios sobre Jurisdicción Universal de Princeton de 2001, según los cuales “la jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional especificados en el principio 2 (1), siempre y cuando la persona esté presente ante dicho órgano judicial”, y la resolución de la XVII Comisión del Instituto de Derecho Internacional (Cracovia, 2005) en la que se afirma que “la competencia universal en materia penal respecto del delito de genocidio, delitos contra la humanidad y de los crímenes de guerra”: (...). Adopta la siguiente Resolución:

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

“(…). 3. El ejercicio de la competencia universal está subordinado a las disposiciones que siguen a menos que se convenga de otra manera en forma lícita: (...) b) Con independencia de los actos de instrucción y de las demandas de extradición, el ejercicio de la competencia universal requiere la presencia del sospechoso sobre el territorio del Estado que le persigue...”.

El Fundamento de Derecho 11º es el que recoge el cambio de postura experimentado por el Tribunal Supremo respecto de la jurisdicción universal de los tribunales españoles a la luz del artículo 23.4 de la LOPJ, considerando que esta cuestión se encuentra, en este caso, íntimamente relacionada con el derecho a la tutela judicial que recoge el artículo 24.1 de la Constitución española: “en el presente caso, la literalidad del texto legal no somete el principio de justicia universal a limitación alguna y, por otra parte, el principio *pro actione*, o derecho de acceso a la jurisdicción, constituye también una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva”. El Tribunal transcribe, además, literalmente lo expresado por el TC respecto del artículo 23.4 (FD 11º): “el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados (...). El art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada, viniendo a concluir el Tribunal Constitucional al que corresponde la última palabra en materia de garantías constitucionales (de acuerdo con el art. 123 CE) que ‘la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto’ (v. STC 237/2005, F. 3º)”.

Es esta postura del Tribunal Constitucional la que, en definitiva, según el Supremo justifica la jurisdicción española en la materia. En este caso, además, se encuentra un hecho más añadido que justifica la jurisdicción, como es la existencia de un punto de conexión, conforme a lo establecido por la jurisprudencia en el caso Guatemala, ya que el periodista era nacional español.

Pese a haber acogido el Tribunal Supremo el cambio de jurisprudencia en esta materia, lo cierto es que determinados pasajes de la sentencia parecen indicarnos que el Tribunal alberga aún ciertas dudas respecto de la jurisdicción universal absoluta de los tribunales españoles, algo que, por otro lado, ya hizo en la sentencia 645/2006 de 20 de junio respecto de las torturas y delito de genocidio sufridos por cinco ciudadanos chinos⁶, si bien es verdad que

6. Véase el comentario a la sentencia en el *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXII (2006), pp. 621-624.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

de manera más contundente que en la resolución que ahora comentamos, en la que se muestra más comedido. De otro modo, no se entiende la insistencia del Tribunal en reproducir la legislación y la doctrina, mencionada anteriormente, que considera que el principio de universal no puede ser absoluto sino que tiene que someterse a algún tipo de requisito o conexión. Con todo, lo cierto es que la decisión del Constitucional ha sido acatada y parece que, de manera definitiva, el principio de jurisdicción universal ha terminado por asentarse en nuestro sistema jurídico tras la crisis que los asuntos Guatemala y Tíbet supusieron, lo que sin duda provocará en el futuro una multiplicación de asuntos relacionados con esta cuestión.

II. DERECHO DE LOS TRATADOS

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), de 25 de octubre de 2006 (RJ 2006/8099)

Recurso de casación núm. 5942/2001

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2001, desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo deducido contra un Acuerdo del Ministro de Economía y Hacienda. El núcleo de la controversia en todos ellos es la interpretación y aplicación del Convenio entre España y Austria para evitar la doble imposición, en relación con la tributación en el IRPF y el IS de bonos austríacos adquiridos por los recurrentes.

De su contenido, destaca la argumentación que sobre este punto conduce al Tribunal a casar la sentencia de la AN recurrida, y pronunciarse (en vez de declarar la nulidad) sobre el fondo del asunto en sentido desestimatorio del recurso contencioso-administrativo.

La cuestión fundamental estriba en la apreciación de la existencia o no de una discrepancia de interpretación y aplicación del Convenio Hispano-Austríaco de 20 de diciembre de 1966, que a juicio de los recurrentes haría necesaria la intervención del Consejo de Estado⁷. A este respecto, establece la sentencia recurrida, que tal consulta sólo es preceptiva en caso de que la au-

7. Antecedentes de Hecho, primero, 4.

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

toridad legitimada tenga tales dudas, lo que no sucede en el presente caso pues “el Ministro de Economía y Hacienda, al dictar el Acuerdo impugnado, entendió que la cuestión planteada en la reclamación, la no admisión de la compensación de la disminución patrimonial practicada por el interesado, no tiene reflejo en la normativa internacional alegada (artículo 13.3 del convenio), y que, por tanto, debe resolverse con arreglo a la legislación interna del Estado, decisión que puede ser tomada libremente sin necesidad de la intervención obligatoria del Consejo de Estado, al no exigirlo precepto alguno (STS 1479/94 [RTC 1994, 1479])”⁸.

A este respecto, el TS en casación se manifiesta en sentido similar, aunque estima la posible nulidad de la sentencia de la AN por inadecuación del procedimiento e incongruencia omisiva, habida cuenta que la reclamación económico-administrativa ante el Ministro de Economía y Hacienda ya planteaba la existencia de una discrepancia de interpretación del Convenio y la normativa interna aplicable al respecto del régimen tributario aplicable, y la necesidad de un informe del Consejo de Estado⁹.

Los Fundamentos de Derecho cuarto y quinto de la resolución que analizamos justifican tal decisión de casar y anular la sentencia de la AN impugnada. El primero, por lo que respecta a la nulidad derivada de la ausencia de procedimiento adecuado, reconoce que “en el escrito inicial se formulaba una reclamación económico-administrativa ante el Ministro de Economía y Hacienda..., a cuyos efectos, y con referencia al Convenio para evitar la doble imposición, suscrito entre el Estado español y la República de Austria en 20 de diciembre de 1966, los hoy recurrentes invocaban el artículo 21.3 de la Ley 3/1980, de 22 de abril, Orgánica del Consejo de Estado, que señala como supuesto en que el Pleno de dicho Alto Órgano Consultivo, debe ser consultado, el de ‘dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales, en los que España sea parte’. Y frente (al)... planteamiento... (de) los hoy recurrentes..., la Agencia Estatal de Administración Tributaria, siguió el procedimiento de impugnación de actos de gestión, por los motivos de nulidad de pleno derecho del artículo 153 de la Ley General Tributaria, lo que a su vez, originó que no existiera pronunciamiento expreso acerca de si se trataba o no de una cuestión de interpretación del Convenio para evitar la doble imposición”. El segundo fundamento jurídico, reprueba que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN no se hubiese pronunciado sobre la cuestión planteada,

8. *Vid.* Fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida, reproducido en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia del TS comentada.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

esto es, si la reclamación podía resolverse o no al margen del Convenio, lo que determinaría la necesidad o no del dictamen del Consejo de Estado.

Pero la Sala no se limita a casar la sentencia de la AN y, una vez anulada, entra a pronunciarse sobre el fondo del asunto a los efectos de evitar nulidades innecesarias, desestimando (al igual que hacía la sentencia casada) el recurso contencioso administrativo, sobre la base de la jurisprudencia consolidada del propio Tribunal que considera conforme a derecho la decisión de resolver la cuestión con arreglo a la legislación interna y sin necesidad de la intervención obligatoria del Consejo de Estado¹⁰.

En efecto, el Tribunal trae a colación numerosas sentencias (de 14 de septiembre de 1994, 30 de junio de 2000, 15 de abril de 2003, 15 y 24 de junio de 2004, 11 de mayo de 2004, y 25 de junio de 2004, entre otras) que ratifican la innecesariedad del dictamen del Consejo de Estado y la procedencia de una decisión conforme al Derecho interno. Puesto que reconocen la posibilidad de denegar solicitudes de iniciación del procedimiento de “acuerdo amistoso” previsto en el Convenio suscrito con la República de Austria, cuando las cuestiones suscitadas deben dilucidarse exclusivamente a la luz de lo dispuesto en la normativa interna española por no existir ningún problema hermenéutico o de aplicación del Convenio¹¹.

**2. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 38/2007,
de 15 de febrero de 2007 (RTC 2007/38)**

Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4831/2002

Ponente: Sra. D^a. María Emilia Casas Baamonde

En un recurso de suplicación del que conoce la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, se enjuicia la posible infracción de derechos fundamentales que podría haberse producido en un procedimiento de selección de profesores de religión católica anterior a la LO 2/2006 de 3 de mayo de Educación, en el que no se formaliza nuevo

9. Cfr. Fundamento de Derecho tercero de la sentencia del TS.

10. Cfr. Fundamentos de Derecho octavo y noveno.

11. Téngase en cuenta que, para que fuera exigible la iniciación del procedimiento de “acuerdo amistoso” con la autoridad competente de otro Estado contratante a que se refiere el art. 26 del Convenio Hispano Austriaco, las medidas adoptadas por uno o ambos Estados deben implicar o representar, para un contribuyente residente en uno de ellos, algún gravamen que no sea conforme al Convenio y no sea posible adoptar una solución satisfactoria por la autoridad del Estado a quien corresponda la competencia, para evitar una imposición que no se ajuste a aquél (esto es, que suponga doble gravamen sobre un mismo rendimiento).

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

contrato a la demandante por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo (del que se ha separado). Procedimiento este último que ya no está vigente, y en virtud del cual estos profesores constituyen personal laboral contratado por la Administración a propuesta de la Iglesia, confiándose al Obispado la propuesta de contratación del profesorado y descartando cualquier actuación de la Administración que no sea asumir dicha propuesta.

Para tomar una decisión, el Tribunal sentenciador considera que precisa de un pronunciamiento previo sobre la constitucionalidad de varias normas con rango de Ley aplicables al caso y de cuya validez depende el fallo, pues podrían vulnerar los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución. En concreto, el TSJ de Canarias cuestiona por un lado la constitucionalidad de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo (en cuanto al párrafo añadido por el art. 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) y, por otro, la de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979.

A este respecto y a tenor del auto de planteamiento de 8 de julio de 2002, el TC acoge la delimitación del objeto del proceso constitucional efectuada por el Abogado del Estado, la cual lo circunscribe “por ser los únicos relevantes para el fallo del proceso laboral (a) ... los dos primeros párrafos del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, y el párrafo añadido por el art. 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, a la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo (derogada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, pero aplicable al proceso del que trae causa este procedimiento) y, por ello, de conformidad con nuestra reiterada doctrina sobre la continuidad de los procesos constitucionales tras la derogación de las normas cuestionadas (por todas, STC 178/2004, de 21 de octubre EDJ2004/152358), objeto vivo de este proceso”¹². De este modo, los preceptos sobre los que el TC estima conveniente admitir la cuestión planteada y pronunciarse son los siguientes:

Artículo III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede. “En los niveles educativos a los que se refiere el artículo anterior, la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por

12. Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

la autoridad académica entre aquéllas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza.

Con antelación suficiente, el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los Profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza”.

Párrafo añadido por el art. 93 de la Ley 50/1998 a la DAd. 2ª de la LO 1/1990. “La enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas.

A tal fin, y de conformidad con lo que dispongan dichos acuerdos, se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos.

Los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de funcionarios docentes, impartan enseñanzas de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial.

Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos, debiendo alcanzarse la equiparación retributiva en cuatro ejercicios presupuestarios a partir de 1999”.

Una vez delimitado el objeto de reflexión e inadmitida la cuestión respecto al resto de disposiciones, el Tribunal se preocupa por subrayar la idoneidad de las normas de un Tratado para constituirse en objeto de un proceso de control de constitucionalidad. Es en el Fundamento de Derecho tercero, en el que, con base en numerosas sentencias del propio TC¹³, reitera su carácter de rango de ley a los efectos de tal control y conforme se establece en el artículo 35. 1 de la Ley Orgánica del TC. Porque aunque no sean formalmente leyes, debido a su inmediata vinculación con la Constitución (art. 95.1 CE) aparecen cualificadas como normas primarias, siendo justamente esa específica cualificación la que confiere su cabal sentido a la expresión “norma con rango de ley”.

Entrando ya a analizar el fondo del asunto y para justificar la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, el Pleno centra su análisis en el artículo 16 de la Constitución Española, ya que los derechos y principios que reconoce determinan el alcance de la afección del resto de preceptos consti-

13. Menciona las sentencias núms. 118/1988 de 20 de junio y 139/1988 de 8 de julio.

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

tucionales invocados por el TSJ. De este modo, el TC especifica el contenido y ámbito del derecho a la libertad religiosa y deriva la competencia de las confesiones para definir el credo religioso objeto de enseñanza y para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartirla. Sobre el alcance de este juicio también se pronuncia:

“la Constitución permite que (este juicio) no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable”¹⁴.

Seguidamente, del análisis que el Tribunal Constitucional efectúa acerca de las dudas de constitucionalidad del TSJ con implicaciones para nuestra materia, cabe destacar la ausencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, habida cuenta del posible control jurisdiccional de la contratación conflictiva, por tratarse de los efectos civiles de decisiones eclesiásticas derivadas de la aplicación de tratados internacionales que articulan la cooperación entre Iglesia y Estado, y no estar excluido siquiera por los preceptos objeto de la cuestión planteada¹⁵.

En definitiva, la desestimación del objeto de la cuestión conforme ha sido delimitado se fundamenta en la aplicación del referido Acuerdo Iglesia-Estado que, aún pudiendo ser objeto de control de constitucionalidad por entenderse como norma con rango de Ley, no vulnera los preceptos constitucionales invocados. Sobre lo que no se pronuncia el Tribunal en el presente caso, es acerca de los efectos que habría acarreado la estimación de la inconstitucionalidad del convenio aplicable. Únicamente se limita a señalar que “la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE)”¹⁶. Por lo que, siendo dudoso que la de-

14. Fundamento de Derecho quinto de la sentencia analizada.

15. Fundamentos de Derecho sexto y séptimo *ibidem*.

16. Fundamento de Derecho tercero *ibidem*.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

claración de inconstitucionalidad de un tratado pueda llevar consigo un pronunciamiento de nulidad¹⁷, quedan abiertas las soluciones propuestas por el Abogado del Estado para concretar los efectos y el alcance de una declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del Acuerdo cuestionados¹⁸.

III. APLICACIÓN DE RESOLUCIONES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007/497)

Recurso de casación núm. 5313/2004

Ponente: Sr. D. Antonio Martí García

En este supuesto, la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 11 de marzo de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, cuyo fallo se pronuncia en el mismo sentido acerca del recurso Contencioso-Administrativo 361/2003. La controversia se deriva, fundamentalmente, de la inadmisión por parte del Ministerio de Defensa de una solicitud de los familiares de un condenado a pena de muerte en 1939, atinente a la exhumación e identificación de sus restos.

Entre los motivos desarrollados en el recurso y rechazados por el Alto Tribunal, hallamos una referencia expresa a la infracción de las normas del ordenamiento en relación con los principios generales del derecho y los acuerdos y tratados internacionales¹⁹. Este punto se desarrolla con detalle por la parte recurrente, por lo que procede reproducir literalmente sus alegaciones:

“a) que cuando la sentencia declara ‘por otra parte, no hay en la legislación que se invoca por los actores ninguna obligación por parte del Ministerio de

17. Pues, según reconoce el Abogado del Estado, es de la competencia del Derecho internacional determinar la validez o nulidad de los tratados, “tal y como presuponen los arts. 95.1 y 96 CE (siendo de atender el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados)”, cfr. antecedente 7 *ibidem*.

18. Cfr. *ibidem*. Se plantea la posibilidad de que la resolución se limite a declarar meramente la inconstitucionalidad, o posponga la fecha inicial de la misma para que en un plazo razonable se proceda a una revisión constitucional o, por las vías propias del Derecho Internacional, se haga desaparecer la parte inconstitucional del tratado.

19. Antecedentes de hecho, tercero, motivo de casación III.

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

Defensa para exhumar e identificar los restos de D. Ángel Daniel', está ignorando y conculcando la existencia de unos principios generales que deben ser de aplicación al caso y la existencia de una serie de resoluciones internacionales en el marco de los derechos fundamentales de los cuales también es parte el Estado Español;

b) que los principios generales, según el análisis, con detalle, que sobre ello hace, forman parte de nuestro ordenamiento, cual refieren la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, que cita;

c) que España como parte de la Comunidad Internacional y participe de dichas decisiones, aunque todavía no forman parte del derecho interno, debería aplicar las resoluciones cuyo contenido cita, y que son la resolución 1989/65 de 24 de mayo de la ONU, relativa a la prevención e investigación de ejecuciones extralegales, sumarias o arbitrarias y el informe elaborado en aplicación de la decisión 1996/119 (LCEur 1996, 276), entre la que se incluye el derecho a la reparación, el derecho de las víctimas a saber y a la justicia y el deber de recordar, y concluyendo, que lo que se interesa entra claramente en el derecho de reparación reconocido por la ONU;

y d) por último, refiere que con la resolución de instancia recurrida se está imponiendo o confirmando un castigo post-mortem, una pena de destierro respecto de su enterramiento con sus familiares"²⁰.

Pero a pesar del minucioso análisis del recurrente, el TS ratifica la conclusión de la Sala de Instancia, cuyo extracto recoge textualmente:

"no existe norma en nuestro ordenamiento que ampare la pretensión del recurrente, y siendo así que esa declaración no se ha desvirtuado, en nada importan, a los efectos de esta litis, las razones humanitarias e incluso afectivas que se invocan, por mucho que están sean dignas de todo respeto y consideración, ni tampoco las invocaciones del derecho internacional, que el propio recurrente reconoce que no forman parte de nuestro derecho interno, como recuerda el Abogado del Estado"²¹.

Así pues, en este caso el Tribunal, al hilo de su exposición de los razonamientos jurídicos que sustentan su decisión, descarta la aplicación de determinadas resoluciones de organizaciones internacionales en el ordenamiento nacional, afirmando rotundamente que no forman parte del derecho interno.

20. Cfr. Fundamento de Derecho quinto de la sentencia objeto de examen.

21. *Ibidem*.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

IV. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN (REPRESENTANTES DEL ESTADO)

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1ª),
de 24 de julio de 2006 (EDJ 2006/109204)**
Recurso de amparo núm. 4032/2002

En un asunto relativo a la inmunidad de jurisdicción de los representantes del Estado, el Tribunal Constitucional es llamado a conocer en amparo acerca de la interpretación de este principio a un supuesto de inmunidad sobrevenida (una vez abierta una causa penal) y posterior pérdida de la condición que la justifica. En particular y por lo que se refiere a nuestra disciplina, se le insta a manifestar su juicio en torno a la suspensión del proceso que se produjo una vez accedió el recurrente al cargo de Presidente del Consejo de Ministros, y en segundo lugar a examinar la corrección de la aplicación de dicha inmunidad al demandante de amparo²².

Respecto al primer punto, critica el recurrente la decisión del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de mantener una causa penal en suspenso mientras permanezca en su cargo a raíz de la inmunidad sobrevenida, pues “la suspensión del procedimiento acordada para el demandante permite mantener sometido a imputaciones y procedimientos penales a un Jefe de Gobierno por un tiempo indefinido e ilimitado, lo cual es contrario al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE)”²³. Pero, por las circunstancias acaecidas posteriormente, que seguidamente se examinarán, el Tribunal acaba no pronunciándose en su fundamentación jurídica y fallo sobre este motivo de amparo.

Por lo que se refiere al segundo de los motivos del recurso, sucede lo mismo. Alega el demandante de amparo que las resoluciones judiciales ahora impugnadas han hecho una interpretación incorrecta del principio de inmunidad de jurisdicción de los Presidentes de Gobierno consagrado en el art. 21.2 de la LOPJ, lo que ha supuesto la vulneración del principio de igualdad contenido en el art. 14.1 CE, que se ha producido al aplicar la misma ley de manera diferente al Presidente del Consejo de Ministros y a otros Jefes de Estado y de Gobierno extranjeros, así como la vulneración de distintos derechos constitucionales consagrados en el art. 24.1 y 2 CE. Además, según afirma, la aplicación constitucionalmente incorrecta de la inmunidad de un Jefe del Gobierno repercute en el ejercicio de su cargo por un mandatario extranjero de-

22. *Vid.* el Fundamento de Derecho primero de esta resolución.

23. *Ibidem.*

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

mocráticamente elegido, lo que supone una vulneración de los valores democráticos y del pacífico ejercicio de las funciones para las que ha sido designado y por lo tanto del art. 23 CE.

Sin embargo, la pérdida sobrevenida por el recurrente de la condición que le hacía merecedor de la inmunidad de la jurisdicción penal obsta cualquier toma de postura sobre el fondo. Porque, como esta condición fundamenta todos los motivos de amparo, el cese acarrea la pérdida sobrevenida del objeto del recurso al privar de contenido a las resoluciones recurridas, y por tanto fundamenta el archivo del mismo, haciendo innecesario un pronunciamiento del TC²⁴.

A pesar de tales avatares, encontramos interesantes manifestaciones de las partes al hilo de los Antecedentes de Hecho, todas ellas acerca de la justificación y alcance de la inmunidad de jurisdicción, y fundadas en decisiones previas de Tribunales Internacionales. Por un lado, el antecedente séptimo recoge las consideraciones del Abogado del Estado, y refiere la naturaleza (procesal) y finalidad (garantizar el funcionamiento del Estado) de esta institución, así como la vinculación de la duración del cargo y la de la propia inmunidad, acogiéndose, según afirma, a la interpretación que del Derecho Internacional consuetudinario en materia de inmunidad jurisdiccional de los altos cargos de un Gobierno efectúa el Tribunal Internacional de Justicia. Ésta última también reconoce, de nuevo conforme sostiene el Abogado del Estado, la posibilidad de reanudar los procedimientos penales suspendidos una vez se cese en el cargo, puesto que la inmunidad jurisdiccional no puede llevar a la ausencia de responsabilidad criminal personal de un Jefe de Gobierno y consiguiente impunidad por actos cometidos en el ejercicio de la actividad privada y antes de acceder al cargo. Se deduce de cuanto precede una visión de la inmunidad de carácter relativo.

Por otro lado, el antecedente décimosexto reproduce las valoraciones de uno de los personados, más partidarias de la inmunidad absoluta²⁵ y archivo de las actuaciones en el presente caso, y del desigual trato conferido al recurrente respecto a otros conocidos por el mismo Juzgado y Pleno de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Esta posición, que encuentra apoyo en la jurisprudencia nacional e internacional, no avala la impunidad, sino que remite a la aplicación de “lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por Espa-

24. Cfr. Fundamentos de Derecho segundo y tercero *ibidem*.

25. Ésta alcanza a cualquier persona imputada en la causa y protege a la persona del Jefe de Gobierno mientras esté en el cargo por actos cometidos antes o después de ostentarlo, ya sean estos públicos o privados.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

ña, o los principios generalmente aceptados en materia de Derecho Internacional Público” y es el Estado español quien debe sancionar al inmune con alguno de los medios o instrumentos previstos en los Tratados (expulsión, prohibición de entrada en territorio nacional, petición de que sea juzgado en su propio país...), pudiendo llegar incluso a la ruptura de las relaciones diplomáticas.

Por su parte, el Ministerio Fiscal reconoce la complejidad de esta institución, y sostiene que “si bien es cierto que la tradicional regla absoluta de la inmunidad de jurisdicción fundada en la igual soberanía de los Estados ha evolucionado hacia una regla de relativa inmunidad, que habilita a los Tribunales nacionales a actuar cuando los actos del Estado extranjero no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado, también es verdad que en el ordenamiento internacional subsisten inmunidades de carácter absoluto o cuasi absoluto”²⁶.

Sin embargo, a pesar de todas estas consideraciones, la variación de las circunstancias incide en el pronunciamiento judicial, e impide al Tribunal Constitucional incluir cualquier pronunciamiento jurídico sobre el fondo.

V. DERECHO DEL MAR

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 55/2007, de 23 de enero de 2007 (EDJ 2007/5415)

Recurso de casación núm. 10048/2006

Ponente: Sr. D. José Manuel Maza Martín

La Sala segunda del Tribunal Supremo trata, con ocasión de los recursos de casación interpuestos por varios condenados por delitos contra la salud pública, de la validez de las actuaciones desarrolladas en la instrucción del asunto enjuiciado a las que podrían resultar de aplicación diversos tratados internacionales.

Por lo que a nuestra materia se refiere, interesan dos aspectos del seguimiento de las que la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida califica como “operaciones de transporte, introducción en nuestro país y distribución de elevadas cantidades de cocaína”²⁷. Concretamente, nos referimos en pri-

26. Cfr. antecedente de hecho decimoséptimo de la sentencia comentada.

27. Reproducimos el segundo Hecho Probado de la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 2005, según consta en el Antecedente de Hecho primero de la sentencia objeto de examen.

mer lugar al abordaje del “Pesquero R” realizado el 24 de noviembre de 2001 por el Patrullero del Servicio de Vigilancia Aduanera (SVA), y en segundo lugar a las intervenciones telefónicas practicadas.

Comenzando por el primer aspecto, es de señalar que la embarcación, según se alega en los recursos, se habría abordado contraviniendo las previsiones jurídicas y por tanto adoleciendo tal acto de nulidad, al igual que la ocupación de la droga transportada. Tal defecto radical del abordaje se derivaría, a juicio de los recurrentes, de la ausencia de autorización para esa actuación por parte de las autoridades de Honduras, país cuya bandera enarbolaba en aquel momento la nave. Es ésta una cuestión atinente al Derecho Internacional, habida cuenta de que a las operaciones de abordaje les resulta de aplicación la protección desarrollada en varios convenios internacionales. Las disposiciones que habrían sido vulneradas y desencadenarían la supuesta infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁸, serían, conforme se recoge en los recursos, la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958, la Convención de Montego Bay y la Convención de Viena²⁹.

Sin perder de vista las circunstancias del caso (el barco enarbola inicialmente bandera chilena, y más tarde pabellón de Honduras, a los efectos de ocultar su identidad), la sentencia comentada opta, ante la existencia de varios recursos y motivos de casación, por un examen sistemático, incidiendo primero en las “cuestiones planteadas coincidentemente en los diversos recursos”, para pasar seguidamente a analizarlos de modo individualizado. Es por ello que en ese primer apartado encontramos desarrollado el razonamiento general por el que se concluye desestimando el motivo que nos ocupa, ratificando la sentencia recurrida, declarando su irrelevancia para la validez de las pruebas obtenidas y remitiendo al ámbito de las relaciones interestatales. Reproducimos seguidamente un pasaje del mismo que condensa tales valoraciones:

28. Según reza este precepto: “Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1. Cuando, dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal”.

29. Cfr. Antecedente de Hecho cuarto de la sentencia comentada. *Vid* asimismo, *Convención de 29 de abril de 1958 sobre la alta mar*, BOE 309/1971, de 27 de diciembre de 1971 Ref Boletín: 71/01650; Instrumento de ratificación de 30 de julio de 1990 de la *Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, BOE 39/1997, de 14 de febrero de 1997 Ref Boletín: 97/03296; e Instrumento de ratificación de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, BOE 270/1990 de 10 de noviembre de 1990 Ref Boletín: 90/27152.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

“Baste recordar, insistiendo en lo ya suficientemente razonado, con pleno acierto, por la Sala de instancia en su Sentencia, que nos encontramos ante una nave que no puede reclamar para sí el amparo de los Convenios que regulan la navegación, especialmente el suscrito en Montego Bay, en 1982, toda vez que el ‘Pesquero R.’ utilizaba un doble abanderamiento, habiendo dispuesto, en el inicio de su travesía, de bandera chilena para, posteriormente, izar la hondureña, con clara intención de ocultar su verdadera identidad, llegando a ostentar en su casco la referida denominación ‘Pesquero R.’, que tampoco se corresponde con su nombre real, como exhaustivamente demuestran los atinados fundamentos contenidos, respecto de este extremo... Argumentos a los que nos remitimos para rechazar la alegada necesidad de contar con dicha autorización de las autoridades de la República de Honduras”³⁰.

En este sentido y en relación a la licitud del acto y de las pruebas a través del mismo obtenidas, la Sala añade un matiz de interés, cual es la afirmación de que la conclusión respecto de la licitud en la obtención de la prueba no se vería tampoco alterada por el hecho de la inexistencia del permiso por parte de las Autoridades de nación de abanderamiento del buque para realizar el referido abordaje. Para sustentar esta postura, se sirve de resoluciones anteriores³¹, en las que la misma Sala considera que la intervención del Estado que ejerce la soberanía sobre la embarcación en aguas internacionales remite a las normas que regulan las relaciones entre las respectivas naciones (los aludidos convenios, entre otros tales como el de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, el de Viena de 20 de diciembre de 1988 o el de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982), pero, en modo alguno, su finalidad es la protección o tutela de derechos fundamentales de carácter personal, de cuya infracción se derivaría nulidad probatoria con arreglo al ordenamiento español (artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El segundo aspecto de interés, relativo a la validez de las intervenciones telefónicas, vuelve ser objeto de un examen detallado en el apartado primero sobre “cuestiones planteadas coincidentemente en los diversos recursos”. En este punto, la Sala toma nota de la jurisprudencia nacional y supranacional al respecto, estimando la licitud de intervenciones restrictivas al derecho reconocido al secreto de las comunicaciones, siempre que cumplan las exigencias esenciales establecidas por la jurisprudencia constitucional para la correcta práctica de las mismas³².

30. Fundamento de Derecho Primero (apartado A), punto 4º.

31. *Vid.* la sentencia de la Sala 2ª del TS de 19 de septiembre de 2005.

32. Cfr. Fundamento de Derecho Primero (apartado A), punto 2º de la sentencia objeto de examen y, respecto a los requisitos esenciales para la correcta práctica de las restricciones al secreto de las comunicaciones, el Auto de 18 de junio de 1992 (“Caso Naseiro”).

Conforme señálale Tribunal, el mencionado derecho fundamental se reconoce en el artículo 18.3 de la Constitución española, precepto que como bien entiende la propia Sala es trasunto de otros textos supranacionales anteriores en el tiempo, suscritos por nuestro país y “de obligada vigencia interpretativa en lo relativo a los derechos fundamentales y libertades (art. 10.2 CE)”, cuales son el artículo 12 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (DUDH), el artículo 8 del “Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales” (CEDH) y del artículo 17 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (PIDCP).

Pero, según estima la Sala y también matizan los anteriores textos internacionales³³, el reconocimiento del derecho al secreto de las comunicaciones no empece para que también sea susceptible de ciertas restricciones, excepciones o injerencias legítimas, en aras a la consecución de unas finalidades de la importancia justificativa suficiente y con estricto cumplimiento de determinados requisitos en orden a garantizar el fundamento de su motivo y la ortodoxia en su ejecución. Tal consideración encuentra apoyo, a criterio del Tribunal, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³⁴, que “exige que las interceptaciones de las comunicaciones deban siempre de fundarse en una Ley de singular precisión, clara y detallada, hayan de someterse a la jurisdicción y perseguir un objeto legítimo y suficiente y sean realmente necesarias para alcanzar éste, dentro de los métodos propios de una sociedad democrática, debiendo, además, posibilitarse al propio interesado el control de su licitud y regularidad, siquiera fuere ‘ex post’ a la práctica de la interceptación”³⁵.

33. En tal sentido, el propio artículo 12 de la meritada DUDH matiza la proscripción de las injerencias en este derecho, restringiéndolas tan sólo a las que ostenten la naturaleza de “arbitrarias”, o de “arbitrarias o ilegales”, al igual que el artículo 17 del PIDCP. Del mismo modo, el apartado 2 del artículo 8 del CEDH proclama la posibilidad de injerencia por parte de la Autoridad pública en el ejercicio de este derecho, siempre que “...esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

34. El TS cita varias sentencias del TEDH. En particular, las de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass), de 25 de marzo de 1983 (caso Silver), de 2 de agosto de 1984 (caso Malone), de 25 de febrero de 1988 (caso Schenk), de 24 de marzo de 1988 (caso Olson), de 20 de junio de 1988 (caso Schönenberger-Dumaz), de 21 de junio de 1988 (caso Bernahab), dos de 24 de abril de 1990 (caso Huvig y caso Kruslin), de 25 de marzo de 1998 (caso Haldford y caso Klopp), y de 30 de julio de 1998 (caso Valenzuela).

35. Fundamento de Derecho Primero (apartado A), punto 2º de la sentencia comentada.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

En suma, en la resolución analizada y por lo que concierne a los dos aspectos que nos afectan, el Tribunal Supremo declara la inexistencia de una vulneración de los convenios internacionales aplicables, por no haberse solicitado autorización para el abordaje del “Pesquero R” a las autoridades del país del pabellón que ondeaba en ese momento, por su condición de apátrida y doble abanderamiento ilegal³⁶. Puntualiza, además, que en caso de ser necesaria tal autorización y no haberse obtenido, se trataría de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas. Por último, con apoyo en textos y jurisprudencia supranacional, también descarta cualquier violación del derecho al secreto de las comunicaciones, por haberse observado todos los requisitos preceptivos para considerar ajustadas a Derecho las intervenciones telefónicas practicadas.

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

1. **Sentencia del Tribunal Supremo 858/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 de septiembre (RJ 2006\6436)**
Recurso de casación núm. 1651/2005
Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo
2. **Sentencia del Tribunal Supremo 867/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 15 de septiembre (RJ 2006\7350)**
Recurso de casación núm. 2024/2005
Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta
3. **Sentencia del Tribunal Supremo 1210/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 12 de diciembre (RJ 2007\118)**
Recurso de casación núm. 2021/2005
Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García
4. **Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1), de 2 de febrero de 2007 (JUR 2007\59096)**
Recurso de casación núm. 2038/2000
Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Martín Pallín

36. Cfr. Fundamento de Derecho Sexto (apartado F), puntos V y VII.

5. Sentencia del Tribunal Supremo 124/2007(Sala de lo Penal, Sección 1), de 8 de febrero (RJ 2007\2252)

Recurso de casación núm. 10874/2006

Ponente: Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez

6. Sentencia del Tribunal Supremo 359/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 3 de mayo (RJ 2007\2870)

Recurso de casación núm. 1482/20062004

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

La cuestión del derecho a la revisión en segunda instancia del fallo condenatorio y la pena impuesta acapara, como viene ocurriendo en los últimos años, una parte considerable de las reflexiones del Tribunal Supremo en varias de sus sentencias y autos. El origen del problema se remonta al año 2000, en el que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió un dictamen³⁷ declarando el incumplimiento por parte del Estado español del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantiza ese derecho. El dictamen originó una resolución del Pleno de la Sala de lo Penal (13 de septiembre de 2000) en la que se declaró que el recurso de casación constituía un recurso efecto en el sentido del artículo 14.5 del Pacto, al tiempo que señalaba la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación del Tribunal. Desde esa fecha, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional se han enfrentado en numerosas ocasiones a la cuestión, con lo que no resulta ciertamente, y como reflejan algunas de las sentencias que recogemos, “novedosa” (sentencia 858/2006, de 14 de septiembre; sentencia 359/2007, de 3 de mayo). Las reflexiones del Tribunal Supremo son, pues, similares a las expresadas en años anteriores³⁸ y, de hecho, es cada vez más habitual que los magistrados opten por remitir directamente, sin hacer mención alguna a cuestiones de fondo, a sentencias anteriores. El Tribunal Supremo ha mantenido que el artículo del Pacto invocado (el 14.5) no contempla una segunda instancia en sentido estricto, sino una revisión de la condena y de la pena, recalando que están ya lejos los años (anteriores a la Constitución de 1978) en los que el recurso de casación no se

37. Dictamen de 20 de julio, doc. UN CCPR/C/69/D/701/1996, de 11 de agosto de 2000, párr. 11.1. Una nueva condena obtenía España en 2005 (Comunicación nº 1095/2002, doc. CCPR/C/84/D/1095/2002, 26 de agosto de 2005). Véase, al respecto, Anuario de Derecho Internacional, vol. XXI (2005), pp. 574-575 (nota al pie 13).

38. Invitamos a una lectura de números anteriores del Anuario de Derecho Internacional para profundizar en la cuestión.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

ajustaba estrictamente a lo dispuesto por el Pacto, permitiendo en la actualidad tanto la Constitución Española como la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 tal revisión. Es cierto, con todo, que la legislación española es algo limitada en este sentido, pero estos fallos han sido subsanados por la jurisprudencia, a través de una interpretación del recurso de casación más flexible, de manera que permitiera valorar de nuevo las pruebas en el recurso de casación, lo que era a todas luces más favorable con el justiciable. Así lo recuerda, por ejemplo, la sentencia 124/2007, de 8 de febrero (FD 4º: “baste recordar la doctrina de esta Sala, en concordancia con la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre que [...] el recurso de casación ha experimentado tal ampliación en su concepción jurisprudencial que satisface el derecho a un doble grado jurisdiccional”) y, en términos similares, la sentencia 359/2007 de 3 de mayo (FD 1º). La sentencia 867/2006 insiste también en este sentido, aunque reforzando sus argumentos con jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “La inteligencia actual del recurso de casación, sobre todo a partir de la promulgación del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, posibilita ese sometimiento del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, en este caso, ante el Tribunal Supremo, como así lo han declarado tanto esta Sala, como el Tribunal Constitucional STC 42/82, 60/85 y el TEDH, casos Loewengoth y Deperrios, al posibilitar a los Estados signatarios del Convenio a decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen de un enjuiciamiento”. También se afirman en esa misma sentencia que “ni el Pacto de Nueva York, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, requieren la celebración de un nuevo juicio con repetición de prueba. Esa opción (...) no añadiría ninguna garantía en el enjuiciamiento, añadiría unas costas al proceso, no sólo económicas sino también de victimización secundaria, difíciles de soportar. Lo que requieren los tratados es que el ejercicio de la función jurisdiccional de valorar las pruebas del enjuiciamiento con resultado condenatorio pueden ser revisadas por un Tribunal Superior, concretamente que ‘el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley’”

El Legislativo español también ofreció una solución a la cuestión de la doble instancia, en un intento de salvaguardar aún más los derechos del justiciable, y promulgó la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre*³⁹, por la que se modifica la *Ley Orgánica del Poder Judicial* y la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cuya exposición de motivos deja bien claro que la creación de una

39. BOE de 26 de diciembre de 2003.

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

segunda instancia penal “pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos” aunque lo cierto es que hasta la fecha su eficacia es limitada, al no haberse aún desarrollado las leyes procedimentales que resultan necesarias para poner en marcha lo establecido en la reforma, tal y como refleja la sentencia 124/2007 (FD 4º: “aún no se ha regulado para el proceso ordinario el recurso de apelación contra sentencias previsto en el art. 73 LOPJ”).

7. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 110/2007 (Sala Primera), de 10 de mayo (RTC 2007\110)

Recurso de amparo núm. 4107/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps

Se deciden en esta sentencia los recursos interpuestos por diferentes Agrupaciones Electorales (227) Abertzale Sozialistak contra la sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2007 dictada en los recursos contencioso-electorales acumulados 1 y 2 de 2007 y que anula, en aplicación del art. 44.4 LOREG, los actos de proclamación acordados por las respectivas Juntas Electorales de las candidaturas de diferentes agrupaciones de electores a las elecciones municipales, a las de las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya o a las del Parlamento de Navarra. Si bien los hechos fondo del asunto resultan especialmente polémicos y controvertidos, nosotros nos centraremos en los aspectos de la sentencia que se refieren, *stricto sensu*, al Derecho Internacional. En concreto, el Tribunal se enfrenta a dos cuestiones que nos interesan: la aplicación del artículo 10.2 de la CE (cuyo comentario se incluye en el apartado siguiente) y el derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta. Respecto de esta última cuestión, el Tribunal rechaza su alegación por parte de los recurrentes, afirmando lo siguiente: “ninguna relevancia tiene la aducida vulneración del derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sea sometido a la revisión de un Tribunal superior (art. 24.2 CE en relación con el 15.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pues, como es sobradamente conocido, dicha garantía sólo adquiere rango constitucional en relación con los procedimientos penales, al margen de los cuales la garantía de la doble instancia judicial es de configuración legal (STC 128/1998, de 16 de junio). 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”.

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

VII. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 94/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 de febrero (RJ 2007\1482)

Recurso de casación núm. 10645/2006

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

Los recurrentes, acusados de un delito contra la salud pública, basan una parte importante de sus argumentos en la legislación internacional sobre derechos humanos vigente, sobre todo en el Convenio Europeo de Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas)

La sentencia es una prueba del respeto por parte de nuestros tribunales al artículo 10.2 de la Constitución Española que, como es sabido, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos humanos y los tratados y acuerdos sobre las materias ratificados por España”, en tanto en cuanto basa parte de su razonamiento en la jurisprudencia del TEDH (FD 1ª): “la cuestión de la reparación de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas queda abierta a cualquier otra modalidad que parta de la validez de la sentencia recaída en un proceso en el que tal derecho ha sido infringido. Especial atención se debe prestar, en este sentido, a los precedentes del TEDH, que ha decidido en el caso *Eckle* (STEDH de 15 de julio de 1982) que la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental con una atenuación proporcionada de la pena como ha realizado el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida constituye una forma adecuada de reparación de la infracción del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En dicha sentencia el TEDH se pronunció favorablemente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en la que éste sostuvo que la duración excesiva de un procedimiento penal puede constituir una circunstancia atenuante especial y que, por lo tanto, el ámbito en el que debía tener lugar la reparación de la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no era el del sobreseimiento de la causa, sino el de la individualización de la pena”.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 43/2007 (Sala Segunda), de 26 de febrero (RTC 2007\43)

Recurso de amparo núm. 1335/2005

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

3. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 156/2007 (Sala Primera), de 2 de julio (RTC 2007\156)

Recurso de amparo núm. 3128/2004

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio

En la primera de las sentencias, el recurrente, condenado por delito contra la seguridad del tráfico y desobediencia, plantea el incumplimiento del derecho a un proceso con todas las garantías que establece el artículo 24.2 CE, en el que se integra la exigencia de publicidad, inmediatez y contradicción en la segunda instancia penal. Para resolver la cuestión, el TC se apoya, de acuerdo con lo exigido por el artículo 10.2 de la Constitución, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que establece al respecto que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediatez en la apelación en aquellos supuestos en que “no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos” (Sentencias del TEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia).

La segunda sentencia es una prueba más de la aplicación del artículo 10.2 de la CE, en cuanto el Tribunal Constitucional, para dilucidar si se ha violado o no el derecho a un juez imparcial, se basa en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Castillo Algar c. España, sentencia de 28 de octubre de 1998; caso Van Oosterwijk c. Bélgica, sentencia de 6 de noviembre de 1980, caso Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH c. Países Bajos, sentencia de 23 de febrero de 1995 y caso Botten c. Noruega, sentencia de 19 de febrero de 1996).

4. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 110/2007 (Sala Primera), de 10 de mayo (RTC 2007\110)

Recurso de amparo núm. 4107/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps

5. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 164/2007 (Sala Primera), de 2 de julio (RTC 2007\164)

Recurso de amparo núm. 3872/2005

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes

El Tribunal recuerda en ambas sentencias (FJ 2ºc) y FJ 1º, respectivamente), a propósito de los convenios internacionales en materia de derechos humanos que obligan a España lo siguiente: “no le corresponde al Tribunal

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

Constitucional, en el conocimiento del recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 de la LOTC), 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 y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

6. Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 6/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 7 de febrero (ARP 2007/222)

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Clara Eugenia Bayarri García

La Audiencia Nacional basa parte de su sentencia en este asunto en el que, entre otros, se habían condenado a los acusados por delito de pertenencia a organización terrorista, en la jurisprudencia sobre derechos humanos (en concreto, sobre los artículos 6.1 y 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en consonancia con lo establecido por el artículo artículo 10.2 de la Constitución Española que, como es sabido, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos humanos y los tratados y acuerdos sobre las materias ratificados por España”.

En concreto, la Audiencia afirma que (FD2^a) el TEDH ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH (siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se de al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad) (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski &41; 15 de junio de 1992, caso Ludi, \$ 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, &51). Como el Tribunal Europeo ha declarado (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucá, &40): los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinantes en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario (SSTC 209/2001 de 22 de octubre y 148/2005 de 6 de junio).

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL / ELENA LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

Además, en la sentencia se hace referencia directa a un Convenio internacional ratificado por España, lo que demuestra, una vez más, la aplicación directa que de los mismos hacen nuestros jueces. En concreto, la Audiencia se apoya en el artículo 1 del *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo* (1999), ratificado por España el 23 de mayo de 2002 para aclarar que (FD5º) “el concepto de miembro de organización terrorista no puede quedar relegado a la persona que empuña armas o coloca bombas, sino que abarca a la totalidad de los que participan en la actividad finalísticamente terrorista en cualquiera de sus necesarias e indispensables facetas intermedias, así, ha de considerarse integrante de organización terrorista a quien con su actividad financia a los miembros activos de la organización, o sostienen el necesario entramado material del complejo terrorista”

VIII. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª), de 6 de octubre de 2006

Recurso de casación núm. 6597/2003

2. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8) de 27 de octubre de 2006 (JUR 2006/285361)

Recurso contencioso-administrativo núm. 1917/2001

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Elisa Veiga Nicole

3. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8) de 1 de diciembre de 2006 (JUR 2006/292731)

Recurso contencioso administrativo núm. 238/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera

4. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 16 de mayo de 2007 (JUR 2007/131905)

Recurso de apelación núm. 47/2007

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Mangas González

Como viene siendo tradicional en esta sección de jurisprudencia, hemos optado por reproducir sólo algunas de las numerosas resoluciones que tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional dictan en cuestiones de asilo y refugio, pues en cada una de ellas lo que en definitiva se hace es realizar

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES

un examen, caso por caso, de los requisitos establecidos *Convención sobre el Estatuto de los refugiados* de 1951 y el *Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados* de 1967, tal y como exige el artículo 3 de la *Ley 5/1984 de Asilo*. Nos limitamos, pues, en este apartado, a comentar las circunstancias concretas de algunos supuestos que nos han parecido de mayor interés.

La sentencia primera recoge un supuesto de estimación del recurso presentado por la demandante en la que el Tribunal Supremo, como en el resto de casos, tras comprobar la existencia de los requisitos exigidos por la legislación internacional e interna decide conceder el derecho de asilo a una nacional nigeriana que huyó de su país para evitar la ablación del clítoris que se le pretendía practicar ante su inminente matrimonio, entendiendo el Tribunal que pertenece a un colectivo (mujeres) que, al consentirse en su país esta práctica quirúrgica, es objeto de persecución.

Las sentencias 2ª y 3ª contemplan dos casos de denegación de la solicitud de asilo basada en la concurrencia de alguna de las causas de exclusión previstas en el Convenio de 1951. En concreto, en la primera de ellas (de 27 de octubre de 2006) se da la circunstancia de exclusión del artículo 1.F, a) del la Convención al considerar la Audiencia probado (existiendo incluso sentencia condenatoria en este sentido) la pertenencia del recurrente al grupo terrorista Sendero Luminoso. La sentencia hace referencia a resoluciones de varios organismos en los que aparece incluido este grupo, a saber, la Posición Común 2004/309/PESC del Consejo de 2 de abril de 2004, que actualiza la Posición Común 2001/931/PESC que incluye en su Anexo como organización terrorista a Sendero Luminoso y la resolución 51/210 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre medidas de eliminación del terrorismo internacional que declara que “Los Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirman solemnemente su condenación inequívoca de todo los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlos criminales e injustificables, donde quiera y por quien quiera sean cometidos...”, recogiendo en su apartado 3 que “Los Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirman que los Estados, antes de otorgar la condición de refugiado, deben adoptar medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho interno e internacional, incluida las normas internacionales de derechos humanos, a fin de cerciorarse de que quienes busquen asilo hayan participado en actos terroristas, considerando a este respecto información pertinente en cuanto a si la persona que busca asilo es objeto de investigación o ha sido acusada o condenada en relación con delitos que tienen que ver con el terrorismo y, después de otorgar la condición de refugiado, a fin de asegurar que no se use esa condición con el objeto de preparar u organizar actos terroristas contra otros Estados o sus ciudadanos”.

Respecto de la sentencia que aparece en el tercer lugar del listado (1 de diciembre de 2006), se contempla la petición de un nacional congoleño del que se sospecha que ha cometido delitos contra la paz y/o delitos de guerra y/o delitos contra la humanidad como miembro de la milicia “ninja” de Bernard Kolelas (uno de los grupos guerrilleros, como la propia Audiencia señala, responsable de graves atrocidades cometidas en R. Congo⁴⁰), razón por la que también se le aplica la cláusula de exclusión prevista en el artículo 1.F.a).

La resolución 4^a (16 de mayo de 2007) recoge el caso de un nacional de India en el que la Audiencia comprueba la existencia de los requisitos ya mencionados que deben concurrir para la concesión, recogiendo además una interpretación jurisprudencial reciente que puede suponer cambios importantes y que reproducimos:

“El Reglamento de aplicación de la Ley dispone que el solicitante de asilo tiene la obligación de proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida, mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las circunstancias que justificarían el otorgamiento de asilo” (art. 9.1, Real Decreto 203/95). La reciente sentencia del Tribunal Supremo de junio de 2006 (recurso de casación 5058/2003) ha trazado los límites de dicha causa de inadmisión en los términos siguientes: “En efecto, la Ley 5/84 se refiere a los ‘indicios suficientes’ al tratar de los requisitos para la concesión del asilo (artículo 8), es decir, y tal como literalmente dice, ‘para que se resuelva favorablemente la solicitud de asilo’. Por el contrario, para la mera admisión a trámite de la solicitud, basta, por lo que se refiere a los requisitos de fondo, que se describa una persecución y que ‘la solicitud no se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual no fundamenten una necesidad de protección’ (artículo 5.6.d). De este precepto resulta claramente que para la admisión de una solicitud de asilo es suficiente que se base en hechos, datos o alegaciones que no sean manifiestamente falsos o inverosímiles, sin perjuicio de que a lo largo del expediente el solicitante haya de acreditar la efectiva realidad de esos elementos de hecho. Tal como hemos dicho en numerosas sentencias, es un requisito negativo (que no haya manifiesta falsedad o inverosimilitud), y no positivo (indicios suficientes de la persecución) lo que abre el trámite. Y aunque la diferencia pueda creerse demasiado sutil, no lo es: la Administración –y, derivativamente, los Jueces y Tribunales– no deben juzgar, en fase de admisión a trámite, si hay indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato es o no manifiestamente falso o inverosímil; basta que no lo sea para que la solicitud merezca el trámite”.

40. De hecho, la sentencia menciona un informe de Amnistía Internacional de 15/04/2003 en el que se recogen las graves violaciones perpetradas tanto por las autoridades como por parte de las milicias *ninja* contra civiles indefensos. (FJ 2º).

Recensiones

