

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

José Roberto PÉREZ SALOM  
María José CERVELL HORTAL

### I. ESTATUTO DEL APÁTRIDA

- 1. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 18 de noviembre de 2004 (JUR 2004/312087)**  
Recurso núm. 985/2003.  
Ponente: Sra. Dª. Lucía Acín Aguado

El 31 de julio de 2003, el Ministerio del Interior denegó la solicitud de la condición de apátrida en España al solicitante, un varón de origen armenio. Este interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional solicitando la anulación del acto del Ministerio por haber sido dictado sin observancia de la legislación sectorial aplicable.

En su sentencia, la Audiencia subraya que el objeto de la legislación sobre el estatuto del apátrida<sup>1</sup> no es regular la concesión de un permiso de residencia y trabajo en España, sino reglamentar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros que no reúnen los requisitos para que se reconozca su condición de refugiado y por tanto no pueden acogerse

\* La sección ha sido preparada por José Roberto Pérez Salom, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la *Universitat de València (Estudi General)*, y María José Cervell Hortal, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público de la Universidad de Murcia. La selección se ha referido exclusivamente a las decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de septiembre de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2005.

1. En particular, el Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954), publicado en el BOE de 4 de julio de 1997; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y el Real Decreto 865/2001, en virtud del cual se aprobó el reglamento sobre el estatuto del apátrida.

al derecho de asilo. De conformidad con la normativa internacional y nacional de aplicación el reconocimiento de la condición de apátrida se concede al extranjero que carezca de nacionalidad por causa ajena a su voluntad, en otras palabras, porque ningún Estado lo considere nacional suyo, conforme a su legislación; reúna los requisitos del Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954<sup>2</sup>; y manifieste carecer de nacionalidad. Los apátridas tienen derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de acuerdo con la legislación sobre extranjería.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso y denegó el reconocimiento del estatuto de apátrida ya que de conformidad con la legislación armenia el recurrente está habilitado para solicitar la nacionalidad armenia. Efectivamente, el recurrente, nacido en 1977 en Armenia, abandonó su país en 1994 y reside en España desde 1998. De acuerdo con el punto 3) del artículo 25 de la Ley de la República Armenia sobre la ciudadanía los antiguos ciudadanos de la República Socialista Soviética en Armenia, que vivan fuera de la República de Armenia y no hayan adquirido la nacionalidad de otro Estado son ciudadanos de la actual República de Armenia. La Audiencia Nacional indica que, de acuerdo con el expediente, esta es precisamente la situación del recurrente y que debe instar ante la embajada de Armenia el reconocimiento de dicha nacionalidad. Sobre este particular, el propio recurrente declara que no ha podido obtener la nacionalidad armenia ya que aunque la ha solicitado, las autoridades armenias no se han pronunciado hasta la fecha. La Audiencia estima irrelevante esta circunstancia e indica que la imposibilidad de obtener una nacionalidad debe ser una imposibilidad jurídica, es decir, que no exista una norma jurídica en la legislación de otro Estado que reconozca su nacionalidad al interesado. Por el contrario, la imposibilidad de obtener una nacionalidad que derive de problemas burócraticos o de la propia desidia o conveniencia del interesado en carecer de nacionalidad no da lugar al reconocimiento de la condición de apátrida.

**2. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª)**

**de 14 de octubre de 2004 (JUR 2004/298219)**

Recurso núm. 832/2004.

Ponente: Sr. D. José Arturo Fernández García

El 22 de agosto de 2003 el Ministerio del Interior denegó la petición de reconocimiento del estatuto de apátrida y dio lugar al recurso número

832/2004 que presentó el interesado ante la Audiencia Nacional el 8 de enero de 2004.

El interesado nació el 5 de enero de 1975 en El Aiun, Sahara Occidental, cuando dicho territorio era provincia española, y, por tanto, sus padres poseían la nacionalidad española. En abril de 1997 el recurrente entró en territorio español, a través de la isla de Fuerteventura, por mar y de forma ilegal. Las autoridades españolas le han denegado el derecho de asilo en dos ocasiones aunque el Ministerio del Interior ha documentado al recurrente mediante una cédula identificativa que acredita su inscripción en las dependencias de dicho ministerio y en la que se indica que no consta la nacionalidad del titular<sup>2</sup>.

El solicitante entiende que carece de nacionalidad puesto que ningún Estado lo reconoce como nacional suyo, y así lo acredita la cédula expedida por el Ministerio de Interior, y que reúne los requisitos para obtener el estatuto de apátrida en España.

No obstante, la Audiencia Nacional desestimó el recurso fundamentalmente porque el recurrente no ha acreditado el requisito esencial de que no ha podido obtener la nacionalidad de otro Estado. De hecho, la Audiencia indica que, a la vista de los datos relativos a la trayectoria vital del recurrente y de conformidad con la legislación marroquí, en particular, el Dari nº 1-58.250, de 6 de diciembre de 1958 (art. 7), el recurrente podría solicitar la nacionalidad del Reino de Marruecos.

Por otro lado, la Audiencia también alega que la cédula de inscripción en la que se reconoce que no consta la nacionalidad del recurrente no tiene valor constitutivo, de conformidad con el art. 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y tal y como figura en el propio reverso de la cédula: “Este documento (...) no prejuzga la nacionalidad de su titular, careciendo de efectos sobre la misma”. Por tanto, dicha cédula no puede sustituir una declaración sobre el derecho a ser apátrida sino que únicamente tiene el valor de constatar a los efectos de documentar la identidad del titular que no se conoce la nacionalidad del mismo.

Finalmente, la Audiencia trae a colación el artículo 1.2,i) del Convenio sobre el Estatuto del Apátrida que excluye del ámbito de aplicación del Convenio a aquellas personas que reciben protección o asistencia de un organismo u órgano de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisariado para los

2. Emitida de conformidad con el artículo 43.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Refugiados, mientras estén recibiendo dicha protección o asistencia. En aplicación de dicho precepto, según la Audiencia, al recurrente no se le puede reconocer el estatuto de apátrida puesto que está recibiendo asistencia de la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sahara Occidental, dado que figura con el nº E-1302801 en el censo de la Misión.

## II. JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN MATERIA DE GENOCIDIO, DELITOS DE LESA HUMANIDAD, TERRORISMO Y TORTURAS

### 1. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 345/2005 (Sala de lo Penal), de 18 de marzo (RJ 2005/3422)

Recurso núm. 1351/2004.

Ponente: Sr. D. José Manuel Maza Martín

La querrela interpuesta contra ciertas autoridades chinas por delitos de genocidio y torturas cometidos en la República Popular China, que incluyen a una víctima española, fue inadmitida a trámite en virtud del auto de 20 de noviembre de 2003. Contra este auto se interpuso un recurso de reforma que fue desestimado por el Juzgado Central de Instrucción número 2 de 17 de diciembre de 2003. Posteriormente, se interpuso recurso de apelación contra dicho auto del Juzgado Central de Instrucción, que, a su vez, fue desestimado por auto de la Sala de lo Penal. Contra dicho auto de 11 de mayo de 2004 los querellantes interpusieron recurso de casación. La decisión del Tribunal Supremo confirmatoria de la inadmisión se asienta en la controvertida interpretación que el alto tribunal hace del artículo 23.4 de la LOPJ. Este precepto incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el principio de la jurisdicción universal, para la persecución de ciertos delitos, a saber, genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjero, los relativos a la prostitución, al tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes “y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”<sup>3</sup>.

3. El precepto dice: “4. (...) será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.

El Tribunal sentó los criterios para la interpretación del art. 23.4 de la LOPJ en su sentencia de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2147), dictada en el denominado “caso Guatemala”<sup>4</sup> y en la sentencia de 20 de mayo del mismo año (RJ 2003, 3910) o “caso Perú”. Estos criterios, tal y como los resumió el propio tribunal en su sentencia de 8 de marzo de 2004 (RJ 2004/2670)<sup>5</sup>, son los siguientes:

1ª) Que “hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción” (FJ 9º).

2ª) Que, en el artículo VIII del Convenio contra el genocidio, se establece que cada parte contratante puede “recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio”, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda (FJ 9º).

3ª) Que “el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional”; y, a este respecto, se cita expresamente lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (FJ 9º). Y,

4ª) Que, en los Tratados Internacionales relativos a estas materias, “se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el

- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España’.

Dicha jurisdicción se ejerce siempre y cuando el delincuente no haya sido absuelto, inculcado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena”.

4. El comentario a dicha sentencia está disponible en el *Anuario de Derecho Internacional* (2003), pp. 467-471.

5. El comentario a esta sentencia está disponible en el *Anuario de Derecho Internacional* (2004), pp. 570-574.

presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado” (FJ 9º).

En esta misma línea, se destaca también en dicha sentencia que, según se establece en el art. 23.4, g) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando “según los tratados o convenios internacionales, deba(n) ser perseguido(s) en España” (FJ 10º). Y, a este respecto, se hace expresa mención del artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el que se dispone que lo acordado en ellos “no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado” (FJ 10º).

Como corroboración de estos principios, la sentencia del Pleno de esta Sala hace una particular referencia –sin propósito exhaustivo– a lo dispuesto al efecto por los siguientes tratados y convenios: a) La Convención sobre la prevención el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de 14 de diciembre de 1973 (BOE de 7 de febrero de 1986); b) el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970 (BOE, de 15 de enero de 1973); c) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de septiembre de 1971 (BOE) de 10 de enero de 1974); d) La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (BOE de 9 de noviembre de 1987); e) la Convención contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979 (BOE de 7 de julio de 1984); f) el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977 (BOE de 28 de octubre de 1980); g) el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (BOE de 23 de mayo de 2002); y, h) la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (BOE de 10 de noviembre de 1990) (FJ 10º).

A la vista de todo ello, la sentencia subraya que “aunque los criterios de atribución utilizados (en los tratados y convenios internacionales citados) presentan ciertas variaciones en función de las características y naturaleza del delito, en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal” (FJ 10º).

“Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva –se afirma en dicha sentencia–, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la ex-

tradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción” (FJ 10º).

Finalmente, como complemento de los anteriores principios, la sentencia citada reconoce que “una parte de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención” (FJ 10º).

En ese sentido, en la sentencia que nos ocupa, el Tribunal reitera que el criterio determinante para que la jurisdicción española conozca de hechos similares es la existencia de un vínculo o elemento de conexión de los hechos con nuestro ámbito jurisdiccional, tales como la nacionalidad española de alguna de las víctimas o el encontrarse los supuestos autores del ilícito a disposición de las autoridades judiciales de España.

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo entiende que, de acuerdo con los hechos descritos en la querrela, la única persona de nacionalidad española mencionada en la misma podría ser sujeto pasivo de un delito de detención ilegal y otro de amenazas, pero no de genocidio ni de torturas. Además, el Tribunal incide en el hecho de que los querrelados no se encuentran a disposición de la justicia de nuestro país, ni es fácil que lo estén nunca al no existir un convenio de extradición entre España y China. En opinión del Tribunal estas circunstancias son suficientes para decidir la inadmisión a trámite del recurso.

En relación con la controvertida interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado, en esta y otras sentencias anteriores, del artículo 23.4 de la LOPJ hay que recordar que ésta fue objeto de serias críticas<sup>6</sup> ya que la estricta exigencia de los puntos de conexión restringe el ámbito del precepto, desvirtuando y contradiciendo su propio tenor. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que esta interpretación “rigorista” es contraria a la legislación aplicable en su sentencia de 5 de octubre de 2005<sup>7</sup>, corrigiendo la posición restrictiva del TS y de la AN en relación con el recurso por vulneración del derecho a la tutela ju-

6. Puede consultarse el voto particular de siete magistrados del Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2147), dictada en el denominado “caso Guatemala”.

7. Esta sentencia no va a ser comentada en esta sección ya que en la sección de *Jurisprudencia*, coordinada por la Dra. Ramón Chornet de este mismo volumen puede consultarse el comentario sobre dicha sentencia realizado por el Dr. Esteve Moltó.

dicial efectiva presentado ante el TC en el denominado “caso Guatemala”, por los delitos de genocidio, torturas y detenciones ilegales cometidos en dicho Estado centroamericano entre 1978 y 1986. El TC estima que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad. Es decir, la Justicia española podrá perseguir y enjuiciar los delitos de genocidio y los crímenes contra la humanidad cometidos fuera de su territorio, incluso en aquellos supuestos en los que no haya víctimas españolas, no haya intereses españoles afectados o el presunto responsable no se encuentre en territorio español. En ese sentido, de acuerdo con la postura del TC, la disponibilidad del presunto responsable es un requisito insoslayable pero este requisito no impide que se pueda empezar a perseguir un delito con vistas a solicitar la extradición de aquél.

En cuanto al criterio de la nacionalidad española de las víctimas del genocidio “incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además no puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular, con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base”.

Los efectos de la sentencia han sido inmediatos, y como resultado de la misma, el día 11 de octubre de 2005 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se reunió en pleno –de carácter no jurisdiccional– con la intención de unificar criterios en la aplicación de la sentencia. Por ello mismo, la vista sobre el genocidio en Tíbet por parte de las autoridades de la República Popular China, que estaba propuesta para el día 13 de octubre fue pospuesta.

La decisión del TC abre la puerta a la revisión de las sentencias ya dictadas por la AN y el TS basadas en la interpretación rigorista ya expuesta y a la persecución por parte de la Justicia española de los presuntos responsables de las acciones genocidas en los casos pendientes ante la AN y el TS y en los casos futuros por genocidio, torturas y otros crímenes contra la humanidad. Ahora bien, la imposibilidad de poner a disposición de las autoridades españolas a los imputados conllevará que en un buen número de casos el procedimiento quede en una orden internacional de detención.

**2. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1362/2004 / (Sala de lo Penal), de 15 de noviembre (RJ 2004/6783).**

Recurso núm. 945/2003.

Ponente: Sr. D. Carlos Granados Pérez

La sentencia desestima el recurso de casación contra el auto de fecha 28 de julio de 2003, dictado por la sección segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolvió cuestión de previo conocimiento del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativa a falta de jurisdicción. En la presente sentencia se reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el artículo 23.4 de la LOPJ, tal y como ha sido expuesta en el comentario a las sentencias anteriores. El recurrente, anteriormente capitán de corbeta de la armada argentina, Adolfo Scilingo, ciudadano argentino, está siendo encausado en España por delitos de genocidio, terrorismo y tortura (véase el comentario a la sentencia siguiente). El Tribunal estima que, de conformidad con la legislación vigente, y su peculiar interpretación, la jurisdicción española es competente en este caso concreto, ya que el presunto culpable se encuentra en territorio español, existe un punto de conexión directo con intereses nacionales puesto que aparecen víctimas de nacionalidad española y que no consta que se encuentre encausado por estos mismos hechos en Argentina. Por todo lo anterior, el Tribunal confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar al recurrente.

**3. Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005 (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 19 de abril de 2005 (JUR 2005/132318)**

Recurso núm. 139/1997.

Ponente: Sr. D. José Ricardo de Prada Solaesa

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia, el día 19 de abril de 2005, en el denominado “caso Scilingo”. Adolfo Scilingo, antiguo capitán de corbeta de la armada argentina, es acusado de genocidio, torturas y detenciones ilegales realizadas durante la llamada “guerra sucia organizada contra la subversión” desplegada por la Junta Militar argentina desde 1976 hasta 1983, en particular, el propio acusado se había inculcado públicamente y ante las propias autoridades judiciales españolas por su participación, entre otras actividades, en los llamados “vuelos de la muerte”.

Estas actividades se cometían en el marco de un plan sistemático y organizado por las Fuerzas Armadas argentinas y los servicios de inteligencia para el secuestro, tortura, desaparición y eliminación física sistemáticas de todo ciudadano sospechoso de ser subversivo por motivos ideológicos o políticos, pero también étnicos y religiosos. La Sala entiende irrefutable el pleno conocimiento del acusado del plan ideado por las fuerzas armadas argentinas para la eliminación de la población que pudiera ser un obstáculo para la implantación de su particular sistema político e ideológico. El acusado aceptó los objetivos del plan y participó en hechos concretos manifiestamente ilícitos que son los que tiene en cuenta la Audiencia. En ese contexto, la Sala excluye la aplicabilidad de la noción de obediencia debida, de conformidad con el Derecho Internacional, sobre la base de las disposiciones del Estatuto de Nuremberg, los Principios de Nuremberg<sup>8</sup> y los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Ruanda y de la Corte Penal Internacional<sup>9</sup>.

La Sala rechaza la calificación propuesta de genocidio, ya que, aunque en el momento de la producción de los hechos habría sido correcta su tipificación como delito de genocidio, en la actualidad los hechos probados no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el art. 607 del Código Penal, sino que responde al tipo de delito de lesa humanidad (art. 607bis), más amplio e in-

8. El artículo 8 del Estatuto de Nuremberg establece: “El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de órdenes de su Gobierno o de un superior jerárquico no eximirá al acusado de responsabilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere”.

El Principio IV de los Principios de Nuremberg declara: “El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral. Sin embargo, puede esta circunstancia ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere”.

9. En el mismo sentido se manifiestan, en relación con los crímenes de la competencia del Tribunal, el artículo 7.4 del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el artículo 6.4 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Por su parte, el artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (RCL 2002, 1367 y 1906), establece:

“Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por Ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita”.

corporado recientemente en el Código Penal español<sup>10</sup>. También rechaza que se trate exclusivamente de un delito de terrorismo. Aunque los hechos puedan ser calificados como terrorismo, van más allá de dicha calificación y el terrorismo queda subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos. Por lo que respecta al tipo de delito de lesa humanidad, en relación con la calificación de los hechos probados, la sentencia que se comenta es particularmente innovadora puesto que, en cuanto a los elementos definidores del delito, la Sala recurre a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que establece una serie de elementos o puntos definidores del delito y su prueba, respecto de los que la Sala reconoce su plena utilidad y aplicabilidad al caso concreto.

Por otro lado, la Sala aborda ampliamente el problema de las normas penales internas que regulan ciertas conductas delictivas de conformidad con las normas penales internacionales. En ese sentido, la sentencia posee una gran trascendencia ya que la Sala se pronuncia sobre una cuestión de relevancia esencial: el problema de la tipicidad, *lex certa*, e irretroactividad de la norma penal aplicable. Precisamente, la Sala reconoce que respecto de los hechos probados no se puede defender la ausencia de norma penal aplicable. Es decir, no se puede afirmar que se trate de conductas que no estaban prohibidas, antes de la entrada en vigor del Código Penal español o en el momento de la producción de los hechos. Reitera en varios párrafos que, en relación con los hechos probados, la norma penal internacional era preexistente a la norma interna. Es decir, las conductas a las que se refiere el tipo penal recientemente introducido en el Código Penal estaban prohibidas desde hace décadas por una norma de Derecho Internacional General de naturaleza imperativa aunque la tipificación de dichas conductas no tuviera una absoluta precisión.

En cuanto al principio de legalidad, la Sala afirma la necesidad de hacer una reinterpretación del principio en el ámbito de las normas internacionales penales. En ese sentido, la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* en el Derecho Internacional penal se articula como *nullum crimen nulla poena sine*

10. El Artículo 607 bis dispone:

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

*iure*, lo que permite una mayor flexibilidad en su aplicación e implica que es suficiente una norma de Derecho Internacional aunque no se tipifique la conducta prohibida en el Derecho interno o aunque no haya un tribunal o ninguna jurisdicción estatal se haya encargado de sancionar la infracción de dicha norma internacional. Por otro lado, también afirma la Sala que, en este contexto, el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* cede cuando su aplicación estricta implica la impunidad del autor y dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces.

La Sala indica que, a pesar de que las conductas realizadas por las fuerzas armadas y de seguridad argentinas y civiles en el contexto de la “guerra sucia contra la subversión” no estaban claramente tipificadas en el Derecho Internacional y no les era aplicable el Convenio contra el Genocidio de 1958, “existían suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que esas conductas eran constitutivas de un crimen contra la humanidad” y era exigible a sus autores la responsabilidad penal internacional por su comisión. La Sala considera que la posterior tipificación en tratados internacionales de este tipo de conductas prohibidas por el Derecho Internacional consuetudinario únicamente añade “un plus de taxatividad y de certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada”. Adicionalmente, la Sala trae a colación el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 15.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que, tras invocar ambos el principio de legalidad penal, declaran que nada impedirá el juicio y condena de una persona por acciones u omisiones que, en el momento de su comisión, constituían delitos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional<sup>11</sup>.

La Sala destaca que es incuestionable la universalidad en la persecución de los crímenes contra la Humanidad y destaca que la no persecución de los hechos en Argentina a causa de la legislación argentina y la falta de competencia de la Corte Penal Internacional actúan como un factor justificante de

11. El Convenio indica: “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

El Pacto declara, tras consagrar el principio de legalidad e irretroactividad de las normas penales: “Nada de lo dispuesto en ese artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios general del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

segundo grado de la actuación de la jurisdicción española. Además la Sala, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, justifica adicionalmente esta actuación con la existencia probada de víctimas españolas y con el hecho de que el encausado se encuentra a disposición de la Justicia española.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condena al acusado como autor responsable de un delito de lesa humanidad, con causación de 30 muertes alevosas, con realización de detención ilegal y con causación de tortura grave.

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

**1. Sentencia del Tribunal Supremo 677/2005 (Sala de lo Penal),  
de 14 de mayo (RJ 2005\4943)**

Recurso de casación núm. 2272/2003

Ponente: D. Gregorio García Ancos

**2. Sentencia del Tribunal Supremo 536/2005 (Sala de lo Penal),  
de 28 de abril (RJ 2005\4704)**

Recurso de casación núm. 48/2004

Ponente: D. Luis Román Puerta Luis

**3. Sentencia del Tribunal Supremo 512/2005 (Sala de lo Penal),  
de 22 de abril (RJ 2005\4359)**

Recurso de casación núm. 352/2004

Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

**4. Sentencia del Tribunal Supremo 380/2005 (Sala de lo Penal),  
de 29 de marzo (RJ 2005\3622)**

Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

**5. Sentencia del Tribunal Supremo 365/2005 (Sala de lo Penal),  
de 28 de marzo (RJ 2005\3111)**

Recurso de casación núm. 1404/2003

Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

**6. Sentencia del Tribunal Supremo 1/2005 (Sala de lo Penal),  
de 11 de enero (RJ 2005\1091)**

Recurso de casación núm. 249/2004

Ponente: D. Joaquín Delgado García

**7. Sentencia del Tribunal Supremo 1487/2004 (Sala de lo Penal), de 13 de diciembre (RJ 2005\378)**

Recurso de casación núm. 1483/2003

Ponente: D: Francisco Monterde Ferrer

Todas las sentencias citadas resuelven una cuestión que puede ser ya tildada de “tradicional” en la jurisprudencia del Tribunal Supremo e, incluso, en la del Tribunal Constitucional: el derecho a la revisión en segunda instancia del fallo condenatorio y a la pena impuesta, garantizado por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y que tuvo su origen en el tantas veces mencionado dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, que estimaba que la legislación española no regulaba adecuadamente tal derecho.

El Tribunal Supremo, ante las alegaciones de los recurrentes en las diferentes sentencias recogidas, vuelve a insistir en lo tantas veces afirmado<sup>12</sup>: la norma del Pacto no se refiere a una segunda instancia *stricto sensu*, sino al derecho del justiciable a la revisión de la condena y la pena impuesta por un tribunal superior (STS 380/2005, Fundamento de Derecho 2º; STS 365/2005, Fundamento de Derecho 5º; STS 1/2005, Fundamento de Derecho 3º B, STS 1487/2004, Fundamento de Derecho 1º; STS 677/2005, Fundamento de Derecho 1º; STS 536/2005, Fundamento de Derecho 3º y STS 512/2005, Fundamento de Derecho 2º). Además, la jurisprudencia, consciente de las limitaciones que en este sentido tenía la legislación española, se ha mostrado en los últimos años muy flexible con la posibilidad de valorar de nuevo las pruebas en el recurso de casación. Con todo, la cuestión debe considerarse definitivamente resuelta tras la publicación de la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003 por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (nuevo artículo 73.3.c) y la Ley de Enjuiciamiento Civil aunque, como precisa la sentencia 1/2005, “su aplicación efectiva se encuentra pendiente del desarrollo procesal y orgánico de esta disposición legal” (Fundamento de Derecho 3º B)<sup>13</sup>.

12. Seremos muy breves en esta ocasión para no pecar de reiterativos, ya que una explicación más extensa de los argumentos defendidos por el Tribunal Supremo para dar respuesta al problema puede encontrarse en números anteriores de este Anuario.

13. El Comité, pese a todo, ha vuelto a condenar recientemente a España en un caso de violación del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comunicación nº 1095/2002, doc. CCPR/C/84/D/1095/2002, 26 de agosto de 2005). El autor de la comunicación fue absuelto de un delito de apropiación indebida por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Murcia y condenado posteriormente por la Audiencia Provincial. El recurso de amparo que planteó ante el Tribunal Constitucional fue desestimado. Ante el Comité de Derechos Hum-

IV. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA  
POR LOS JUECES ESPAÑOLES

**1. Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2005 (Sala Segunda),  
de 9 de mayo (RTC 2005\107)**

Recurso de amparo núm. 1702/2002

Ponente: D<sup>o</sup>. Elisa Pérez Vera

Ante la alegación por el recurrente de violación de la tutela judicial efectiva, invocando el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal recuerda (FJ 3<sup>o</sup>) que no le corresponde en 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 LOTC [RCL 1979, 2383]), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, tales preceptos deban ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España [SSTC 85/2003, de 8 de mayo (RTC 2003, 85), F. 6; y 99/2004, de 27 de mayo (RTC 2004, 99), F. 3 c]”.

**2. Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005 (Sala Primera),  
de 4 de abril**

Recurso de amparo núm. 5291/2001

Ponente: D. Javier Delgado Barrio

El TC se vale en esta ocasión del artículo 10.2 para realizar un ejercicio interpretativo en aras a resolver si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España basándose en los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyendo que lo que se reco-

nos alegaba violación del artículo 14.5 del Pacto en tanto en cuanto en España “la ley procesal penal no contempla la posibilidad de un recurso de apelación contra una sentencia dictada por el tribunal de apelación que condena por primera vez al acusado (párr. 3.3) y que (párr. 5.3) el Estado Parte tiene la obligación de garantizar el derecho de revisión de la condena cuando ésta se produce por primera vez en segunda instancia”. El Comité entendió (párr. 7.1) que “el párrafo 5 del artículo 14 no sólo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior (...) sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión, lo que no aconteció respecto del autor”.

ge en esos artículos (y en otros Textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos) es el derecho de los extranjeros que se encuentren legalmente en un Estado a circular libremente por su territorio, a salir de él y a ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley, dejando claro que un examen atento de los preceptos “pone de manifiesto sin lugar a dudas que el derecho a entrar en un país sólo se reconoce (...) a los nacionales de ese país” (FJ 7), con lo que “el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los extranjeros” (FJ 7 *in fine*)

**3. Auto del Tribunal Constitucional 398/2004 (Sala Primera, Sección 1ª), de 27 de octubre (RTC 2004\398)**

Recurso de amparo núm. 359/2000

El recurrente, detenido en Francia y trasladado a España para ser juzgado y condenado, alega la nulidad del proceso entendiendo, entre otros argumentos, que hubiera sido necesario iniciar un proceso de extradición (en su caso hubo una mera entrega policial en la frontera franco-española). El Tribunal considera que no es así en tanto en cuanto “ni en el marco de las garantías del proceso consagradas en el art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836), ni en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (RCL 1999, 1190, 1572) existe este pretendido derecho a ser sometido a un proceso de extradición, siempre que, en uso de su soberanía, los Estados decidan otros procedimientos de entrega distintos, máxime si la extradición se caracteriza, como nosotros lo hemos hecho, como un acto de auxilio” (Fundamento Jurídico 3º). Refuerza tal afirmación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2000 (asunto Maaouia c. Francia) en la que se afirmó que el art. 6 del Convenio no resulta aplicable a los procedimientos de expulsión pues los Estados han querido excluir ésta del ámbito del citado precepto.

El recurrente plantea, asimismo, la cuestión de la valoración de la prueba en segunda instancia, aunque el TC rechaza su pretensión, ya que lo único que se le presentó fueron “cuestiones de orden jurídico (...), sin incluir entre sus motivos de casación ninguno referente a la valoración de la prueba” (Fundamento Jurídico 6º). No entra, pues, en razonamientos jurídicos respecto de la polémica cuestión, limitándose a remitir a sentencias anteriores (SSTC 37/1988, de 3 de marzo [RTC 1988, 37], F. 5; 69/1990, de 5 de abril [RTC 1990, 69], F. 2; 80/1992, de 28 de mayo [RTC 1992, 80], F. 3; 374/1993, de

13 de diciembre [RTC 1993, 374], F. 2; 91/1994, de 21 de marzo [RTC 1994, 91], F. 2 y 184/1997, de 28 de octubre [RTC 1997, 184], F. 5.) que ya resolvieron la cuestión en la línea que indicábamos en el apartado dedicado al Tribunal Supremo.

## V. PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN

### **1. Auto del Tribunal Constitucional núm. 412/2004 (Sala Segunda, Sección 3ª), de 2 de noviembre (RTC 2004/412)** Recurso de amparo núm. 1049/2004

La Audiencia Nacional, en virtud de auto de 1 de julio de 2003, acordó conceder la extradición del recurrente, ciudadano español, a Italia para su enjuiciamiento por complicidad en la importación de tabaco ilegal desde Montenegro a Italia integrando asimismo una organización criminal.

El 20 de febrero de 2004 se interpuso una demanda de amparo constitucional contra dicho auto. Entre los motivos que merecen ser comentados en el presente trabajo, hay que traer a colación, en primer lugar, la argumentación que alega que la extradición de un ciudadano español es una vulneración grave de los derechos recogidos en el art. 19 de la Constitución Española (CE) y que sería necesaria, a la vista del art. 81 CE, una Ley orgánica para establecer dicha restricción, no bastando, por tanto, un tratado internacional, en particular, el Convenio Europeo sobre la Extradición, instrumento de aplicación al caso que nos ocupa. La Audiencia objeta que un tratado internacional puede efectivamente incidir en los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la CE o implicar la modificación o derogación de una ley, siempre y cuando la manifestación del consentimiento del Reino de España en obligarse por dicho tratado vaya precedida de la autorización de las Cortes Generales, de conformidad con el art. 94.1 CE. Por tanto, una vez una materia es válidamente regulada por un tratado internacional, no es aplicable el concepto de reserva de Ley orgánica, ya que ha sido desplazado por el texto convencional internacional.

Paralelamente, la Audiencia reitera la aplicación preferente de los tratados de extradición frente a la ley española de extradición. Es decir, cuando existe un tratado bilateral o multilateral sobre extradición en el que el Reino de España es Parte contratante, las extradiciones entre España y el resto de Partes se rigen por dichos convenios y, supletoriamente, por el Derecho espa-

ñol. Por el contrario, en ausencia de un convenio internacional entre España y un Estado que solicita la extradición es de aplicación la Ley de Extradición Pasiva española.

**2. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/2004 (Sala Primera), de 13 de septiembre (RTC 2004/148)**

Recurso de amparo núm. 6657/2003

Ponente: D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde

El recurrente fue detenido el 28 de noviembre de 2001 en Madrid en cumplimiento de dos órdenes internacionales de prisión de sendos tribunales albaneses por delitos de homicidio y tenencia ilícita de armas. La embajada de la República de Albania solicitó, mediante nota verbal núm. 557/1 de 13 de diciembre de 2001, la extradición del recurrente para su enjuiciamiento. Tras una serie de asombrosas y extraordinariamente alarmantes irregularidades procesales en el procedimiento extradicional ante las autoridades españolas, éste concluyó, en virtud de auto de 28 de julio de 2003, con la declaración de procedencia de la extradición del recurrente a Albania para su enjuiciamiento por los hechos mencionados. No obstante, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional impuso dos condiciones: en primer lugar, puesto que, de acuerdo con la legislación albanesa, el recurrente podría ser condenado a la pena de muerte se solicitó al gobierno albanés que garantizara que en caso de imponerse dicha pena, ésta no sería ejecutada; y, en segundo lugar, que si se impusiera la pena de cadena perpetua, el cumplimiento efectivo de la misma no sería ineludiblemente “de por vida”.

La demanda de amparo se presentó el 7 de noviembre de 2003 y en ella se alegaba distintas vulneraciones de los derechos fundamentales. De las mismas, interesa retener la vulneración invocada del derecho a un proceso con todas las garantías y a las pruebas pertinentes para la defensa, así como del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la vida y a la integridad física. Efectivamente, el recurrente en diferentes momentos procesales declaró que si se accedía a la extradición su vida correría serio peligro, puesto que la petición de extradición del gobierno albanés para su enjuiciamiento respondía realmente a un móvil político ya que su familia y él mismo son objeto de persecución política en Albania. Paralelamente, el recurrente también aportó a las autoridades judiciales españolas ciertos datos indiciarios de dicha probable persecución por razones políticas en Albania. A pesar de que esta alegación es relevante, en los términos del art. 5.1 de la Ley de Ex-

tradición Pasiva (LEP) y del art. 3 del Convenio Europeo de Extradición<sup>14</sup> (CEE), en el que España y Albania son Partes, tanto el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 como la Audiencia Nacional se negaron sorprendentemente y reiteradamente a realizar a lo largo del procedimiento extradicional las diligencias de prueba que pudieran confirmar el peligro concreto que correría la vida e integridad física del recurrente y tampoco practicaron ninguna de oficio.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo por la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías en relación con el derecho a las pruebas pertinentes para la defensa, siguiendo los pronunciamientos del TEDH y su propia jurisprudencia. El TC recuerda en los fundamentos jurídicos que:

“[E]ste Tribunal ha declarado en la STC 32/2003, de 5 de marzo (RTC 2003, 32), F. 2, siguiendo los pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y recordando la jurisprudencia constitucional previa, que ‘el procedimiento de extradición...’ exige una cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida, o a que no se impidiera que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, és-

14. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia es contundente ya que afirma la obligación de no extraditar a una persona reclamada cuando existen motivos serios y probados para creer que si se expulsa o se extradita al interesado al Estado reclamante la vida de este o su integridad física correría peligro ya que dicha extradición sería contraria al art. 3 del Convenio Europeo de Derecho Humanos BOE, n.º. 136, de (8/06/1982).

El artículo 3 del Convenio dice:

Delitos políticos

1. No se concederá la extradición si el delito por el cual se solicita es considerado por la Parte requerida como delito político como hecho conexo con un tanto de tal naturaleza.

2. Se aplicará la misma regla si la Parte requerida tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que la Situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales Consideraciones.

3. Para la aplicación del presente Convenio no se considerará como delito político el atentado contra la Vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.

4. La aplicación del presente artículo no afectará a las obligaciones que las Partes hubieren contraído o contrajeren en lo futuro con arreglo a Cualquier otro Convenio internacional de carácter multilateral

tas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, disponen, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado (SSTC 13/1994, de 17 de enero [RTC 1994, 13], F. 4, 141/1998, de 29 de junio [RTC 1998, 141], F. 1, y 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000, 91], F. 6)".

El TC insiste en que el órgano judicial español, en el proceso extradicional, puede valerse y precaverse de todos los medios a su alcance para adoptar la decisión que entienda apropiada y para ello dispone de amplias facultades. Ciertamente, la competencia de los órganos judiciales en el procedimiento extradicional no incluye la posibilidad de revisar la corrección del procedimiento penal en el Estado reclamante ni la solidez de las imputaciones penales contra el recurrente. No obstante, a los órganos judiciales en el procedimiento extradicional sí les es exigible valorar los indicios que avalan la alegación del recurrente de que la solicitud de extradición encubre una persecución política. En ese sentido, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni la del TC exigen que el reclamado pruebe de modo pleno y absoluto la vulneración de sus derechos en el extranjero o que vaya a acaecer en el futuro si se realiza la extradición, ya que si se exigiera dicha acreditación plena y absoluta se estaría imponiendo una carga exorbitante al reclamado. Por el contrario, se exige al reclamado que acredite mínimamente sus temores o riesgos, sin que pueda reprochársele falta de diligencia mínima. Precisamente, el recurrente aportó elementos de prueba básicos que acreditan mínimamente sus alegaciones sobre el riesgo para su vida si es entregado a las autoridades albanesas. En esas circunstancias, los órganos judiciales deberían haber procedido a una "cuidadosa labor de verificación" de las alegaciones fundadas del reclamado ya que la confirmación de dichos temores podría dar lugar a la denegación de la extradición. Efectivamente, el artículo 5 de la LEP reconoce la posibilidad de denegar la extradición<sup>15</sup>. En

15. Artículo 5.

Asimismo podrá denegarse la extradición:

1. Si se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones.

2. Cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda de extradición y teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social, sin perjuicio de adoptar, de acuerdo con las autoridades del Estado requeriente, las medidas más apropiadas.

un sentido más rotundo, el art. 3.2 del CEE impone que en dichos casos no se conceda la extradición.

En definitiva, la pasmosa y constante negativa del Juzgado de Instrucción núm. 1 y de la propia Audiencia Nacional a desplegar la diligencia debida para esclarecer si las alegaciones del recurrente estaban o no fundadas constituye un déficit de tutela judicial efectiva que el propio TC reconoce.

**3. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 181/2004 (Sala Primera), de 2 de noviembre (RTC 2004/181)**

Recurso de amparo núm. 3134/1999

Ponente: D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde

El reclamado, de origen español, desempeñó en Venezuela diferentes cargos empresariales. Durante el año 1993 y parte de 1994 ocupó el cargo de Presidente del Banco de Venezuela SACA. El 8 de agosto de 1994 el Banco tuvo que ser “estatizado” a causa de la gestión de la entidad bancaria que desarrolló el recurrente dando lugar a importantes pérdidas patrimoniales para la República de Venezuela. A mediados de 1994 el recurrente se había trasladado a España, obteniendo el pasaporte español en diciembre del mismo año. Mediante nota verbal núm. 227, de 7 de marzo de 1997, la Embajada de Venezuela en España solicitó la extradición del recurrente para su enjuiciamiento en Venezuela por realización de balances que no reflejaban la situación financiera real del Banco de Venezuela SACA, delito de apropiación de recursos de un banco en provecho de terceros, intermediación financiera ilícita y agavillamiento (asociación ilícita), entre otros delitos.

En virtud del auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 1 de febrero de 1999, se declaró procedente la extradición, condicionando la entrega a que el Estado reclamante prestara garantía suficiente de que en caso de internamiento se satisfarían las exigencias de respeto de los derechos humanos.

El recurso de amparo se formuló el 16 de junio de 1999, aduciendo el reclamado diferentes vulneraciones de derechos. A los efectos del presente trabajo, desde la perspectiva de la disciplina de Derecho Internacional Público, interesa retener la alegación referida a la vulneración del derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). En efecto, el recurrente alega que las condiciones en las cárceles venezolanas son tan inhumanas, que el mismo Ministro de Justicia de Venezuela las ha calificado como las peores cárceles del mundo. La propia Audiencia ha recono-

cido que la administración de Venezuela no controla la situación de los penales. En ese sentido, a pesar de que el internamiento del reclamado no respondería a las exigencias del respeto de los derechos humanos, la Audiencia ha concedido la extradición, incurriendo en una grave contradicción puesto que si el propio Estado venezolano no puede controlar los centros carcelarios es imposible que pueda prestar garantía real de que se respetarán los derechos del reclamado en caso de internamiento en dicho centros.

En este punto, es importante destacar que el Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Venezuela, de 4 de enero de 1989 (RCL 1990, 2555) (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 1990), dispone en su art. 11 que:

“1. No se concederá la extradición cuando los hechos que la originen estuviesen castigados con la pena de muerte, con pena privativa de libertad a perpetuidad, o con penas o medidas de seguridad que atenten contra la integridad corporal o expongan al reclamado a tratos inhumanos o degradantes.

2. Sin embargo, la extradición puede ser concedida, si la Parte requirente diese seguridades suficientes de que la persona reclamada no será ejecutada y de que la pena máxima a cumplir será la inmediatamente inferior a la privativa de libertad a perpetuidad o de que no será sujeta al cumplimiento de penas atentatorias a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes”.

El Tribunal Constitucional desestima la pretensión del reclamado en este aspecto porque entiende que el reclamado aduce un riesgo genérico para su seguridad e integridad. Es decir, el recurrente alegó una serie de datos contrastados y veraces relativos a la situación general de las cárceles venezolanas, sin referirse en ningún momento a las circunstancias específicas y determinadas de su caso, ni aportando indicios racionales de que exista un riesgo concreto, en caso de ser entregado a Venezuela, de vulneración de su derecho a no padecer tratos inhumanos y degradantes. El alto tribunal no pone en duda la existencia de dicho riesgo genérico, pero estima que la garantía que el gobierno venezolano debe prestar, de acuerdo con el Tratado hispano-venezolano de extradición, es suficiente en el procedimiento extradicional para entender tutelado el derecho del recurrente a no sufrir tratos inhumanos o degradantes en caso de entrega a la República de Venezuela.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional subraya que el Estado venezolano a través de su representación procesal en el procedimiento de extradición ha asegurado que el reclamado será recluso en un internado judicial, en Caracas, que ofrece las mejores condiciones y donde han sido internados en diferentes ocasiones altas personalidades del Estado. Ciertamente, esta declara-

ción de la representación venezolana no equivale a la garantía formal exigida por el Tratado y por la propia Audiencia, pero precisamente el tribunal recuerda que la garantía formal puede ser prestada posteriormente y que la procedencia de la extradición en esta fase es independiente de que en un momento ulterior el Gobierno español, si acuerda definitivamente la extradición, requiera formalmente del Estado venezolano las garantías previstas. En ese momento del procedimiento extradicional corresponderá a las autoridades judiciales españolas y al propio Gobierno español valorar si dichas garantías exigidas son suficientes para tutelar el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes. El Ejecutivo puede examinar las garantías prestadas y denegar la entrega si hubiera dudas acerca del cumplimiento por parte del Estado venezolano de su compromiso de respeto de los derechos humanos del recurrente.

## VI. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

### **1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),**

**de 3 marzo 2005 (RJ 2005\3181)**

Recurso de Casación núm. 6666/2001

Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido y López

### **2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),**

**de 1 marzo 2005 (RJ 2005\1863)**

Recurso de Casación núm. 5386/2001

Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

### **3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),**

**de 1 marzo 2005 (RJ 2005\1950)**

Recurso de Casación núm. 4628/2001

Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

### **4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),**

**de 26 enero 2005 (RJ 2005\1073)**

Recurso de Casación núm. 3039/2001

Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

- 5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),  
de 23 diciembre 2004 (RJ 2005\80)**  
Recurso de Casación núm. 6220/2000  
Ponente: D. Rafael Fernández Valverde
- 6. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),  
de 23 diciembre 2004 (RJ 2005\84)**  
Recurso de Casación núm. 6220/2000.  
Ponente:D. Rafael Fernández Valverde
- 7. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),  
de 23 diciembre 2004 (RJ 2005\84)**  
Recurso de Casación núm. 3680/2001  
Ponente: D. Rafael Fernández Valverde
- 8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),  
de 22 diciembre 2004 (RJ 2005\69)**  
Recurso de Casación núm. 6934/2000  
Ponente: D. Rafael Fernández Valverde
- 9. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),  
de 22 diciembre 2004 (RJ 2005\71)**  
Recurso contencioso-administrativo núm. 7719/1999  
Ponente: D. Rafael Fernández Valverde
- 10. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),  
de 22 diciembre 2004 (RJ 2005\73)**  
Recurso de Casación núm. 5227/2001  
Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

El asilo y la aplicación del *Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 son los temas centrales de las sentencias enumeradas. En todas ellas el Tribunal procede a un análisis de diferentes disposiciones del

citado Convenio (sobre todo, del artículo 1.A.2) con el fin de comprobar en cada caso si se reúnen los requisitos por él establecidos para la concesión o denegación del asilo en España.

## VII. DERECHO DE LOS TRATADOS

### **1. Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 155/2005 (Pleno) de 9 de junio de 2005**

Recurso de inconstitucionalidad núms. 3247/1999 y 73/1999.

Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas

La Asamblea anual del Fondo Monetario Internacional (FMI), que tuvo lugar en Hong Kong del 20 al 25 de septiembre de 1997, aprobó el 23 de septiembre la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del FMI y la ampliación de sus recursos financieros en un 45% de las cuotas aportadas por cada Estado.

El 28 de agosto de 1998 el Consejo de Ministros solicitó la autorización de las Cortes Generales para la cuarta enmienda, tramitándose dicha solicitud por el procedimiento de urgencia. Se inició el trámite previsto en los artículos 94 y 74.2 de la Constitución Española y el 10 de octubre de 1998 se publicó oficialmente el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos Acuerdos del FMI. El 28 de octubre de 1998 el Pleno del Congreso acordó convalidar el Real-Decreto-Ley 14/1998, de 9 de octubre, y su tramitación como proyecto de Ley. El Pleno del Congreso de los Diputados y el Pleno del Senado otorgaron la preceptiva autorización de las Cortes Generales a la cuarta enmienda al Convenio constitutivo los días 12 de noviembre y 9 de diciembre de 1998, respectivamente.

El 8 de enero de 1999 setenta y nueve diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 14/1998, de 9 de octubre y el día 22 de julio de 1999 ochenta y un diputados del mismo grupo parlamentario recurrieron ante el Tribunal Constitucional contra la Ley 13/1999, de 21 de abril, de igual contenido que el Real Decreto-Ley y resultante de la tramitación de éste por la vía prevista en el artículo 86.3 de la Constitución.

Los recurrentes alegan, entre otros motivos, que el decreto-ley no es el instrumento apropiado desde la perspectiva constitucional para la integración de los convenios internacionales en el ordenamiento jurídico español puesto que las disposiciones internacionales que han sido incorporadas en virtud del

Real Decreto-Ley 14/1998 implican nuevas obligaciones financieras para la hacienda pública española y es aplicable, por tanto, el artículo 94.1.d) de la CE. En particular, los recurrentes impugnan formalmente los artículos 2 y 3 del decreto-ley.

El art. 1 dispone en el apartado 1 que el Reino de España “aumentará su cuota en el Fondo Monetario Internacional hasta el montante de 3.048,9 millones de derechos especiales de giro, de conformidad con lo estipulado en la Resolución número 53-2 adoptada, con efectos desde el 30 de enero de 1998, por la Junta de Gobernadores de dicho organismo y cuya traducción figura aneja al presente Real Decreto-ley”. De conformidad con su apartado 2, el pago de la cantidad que resulta del aumento de la cuota, “que asciende a 1.113,5 millones de derechos especiales de giro, se realizará en un 25 por 100 en derechos especiales de giro o en monedas de otros Estados miembros que el FMI fije, y el 75 por 100 restante en moneda nacional, que será depositada en las cuentas del Fondo”. En virtud del art. 2.1, “se aprueba la adhesión del Reino de España, como miembro participante, a los Nuevos Acuerdos para la Obtención de Préstamos del Fondo Monetario Internacional”, fijándose “un compromiso máximo de financiación al Fondo Monetario Internacional de 672 millones de derechos especiales de giro, de conformidad con lo estipulado en la Decisión aprobada por el Directorio Ejecutivo del Fondo... en su sesión de 27 de enero de 1997 y cuya traducción figura aneja al presente Real Decreto-ley”. El apartado 2 del mismo art. 2 indica que “las decisiones relativas a las disposiciones efectivas de fondos en el marco de los Nuevos Acuerdos se adoptarán por el Ministro de Economía y Hacienda, previa consulta con el Banco de España”.

Por su parte, el art. 3 del Real Decreto-ley incluye dos autorizaciones. La primera autoriza la ratificación de “la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional”; la segunda, permite “la recepción de 268.572.777 derechos especiales de giro emitidos por el Fondo... de conformidad con lo estipulado en la Resolución 52-4, adoptada por la Junta de Gobernadores”.

El Tribunal Constitucional entiende que, de conformidad con la Constitución, la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados internacionales esta regida por el art. 94.1.d), en cuya virtud dicha prestación debe ser autorizada, en ciertos casos, por las Cortes Generales. El precepto excluye, por tanto, la posibilidad de una prestación del consentimiento del Reino de España sin previa autorización parlamentaria o la prestación autorizada por un órgano distinto. En consecuencia, en opinión del alto tribunal, el decreto-ley no es el instrumento apropiado para dar forma a la au-

torización requerida por el art. 94.1.CE, entre otras razones porque: En primer lugar, el art. 86.1 CE ha previsto la figura del decreto-ley para la adopción de “disposiciones legislativas”, por lo que no puede ser considerado como un instrumento idóneo para acordar “autorizaciones”. En segundo lugar, el art. 94.1 exige que el Gobierno sea autorizado por las Cortes Generales y, obviamente, la autorización no puede concederla quien debe ser autorizado. En tercer lugar, el decreto-ley sólo precisa de la intervención del Congreso de los Diputados, y no de los dos cuerpos colegisladores que integran las Cortes Generales, por lo que la convalidación del decreto-ley que pueda efectuar el Congreso nunca puede ser equiparable a la autorización que sólo pueden brindar las Cortes Generales, es decir, el Senado y el Congreso. En cuarto lugar, la autorización que requiere el art. 94.1 CE ha de ser previa a la prestación del consentimiento y si se entiende que la autorización contenida en el decreto-ley sólo se perfecciona una vez ha sido convalidada por las Cortes Generales, entonces, dicha autorización no sería suficiente para la prestación del consentimiento. Por el contrario, si se considera que la autorización contenida en el decreto-ley, es decir, la autorización estrictamente gubernamental, es suficiente, se está contraviniendo claramente el art. 94.1 CE que requiere una autorización parlamentaria y que, en todo caso, debe ser previa a la prestación del consentimiento. Por último, si se aceptara la posibilidad de que el decreto-ley pendiente de la convalidación es bastante para autorizar la prestación y sin embargo dicha autorización sólo se perfecciona tras la convalidación de la norma del Gobierno, se estaría admitiendo la celebración de un tratado antes de su efectiva autorización parlamentaria, que, por, otro lado, sería incompleta puesto que sólo intervendría el Congreso de los Diputados. Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que el decreto-ley “no es una norma capaz de dar forma jurídica a la autorización constitucionalmente necesaria para que el Estado se obligue internacionalmente mediante los tratados o convenios relacionados en el art. 94.1 CE”.

Seguidamente, el TC examina si los arts. 2 y 3 del Real Decreto-Ley se refieren a la categoría de tratado internacional recogida en el apartado d) del art. 94.1 CE, es decir, aquellos tratados que “impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública”.

Por lo que se refiere al art. 2, los recurrentes alegan que la adhesión a los Nuevos Acuerdos para la obtención de préstamos del FMI establece un nuevo marco convencional que obliga a la Hacienda Pública española a poner a disposición del FMI nuevos recursos financieros. Por el contrario, el Abogado del Estado indicó que el art. 2 del decreto-ley alude a un desarrollo normal del Convenio constitutivo del FMI, suscrito por España en 1958. Dicho Con-

venio regula un procedimiento excepcional y extraordinario para la provisión de recursos que los Nuevos Acuerdos, a los que se refiere el art. 2 del decreto-ley, se limitan a dar forma concreta. Además, el Abogado sostiene que las cantidades solicitadas en préstamo y que deben ser entregadas por el Estado español no implican una nueva obligación financiera, sino que sólo dan lugar a una operación de gestión de la cuenta de reservas del Banco de España.

El TC concluye que el art. 2 efectivamente se refiere a nuevos compromisos internacionales que exigen una aportación dineraria efectiva por parte de la Hacienda Pública española, independientemente de que la instrumentación del compromiso se lleve a cabo por el Banco de España. En particular, el Estado español adquiere el compromiso inequívoco de facilitar al FMI los préstamos que esta institución pueda precisar para poner a disposición de terceros Estados los fondos necesarios.

Por otro lado, los Nuevos Acuerdos referidos en el art. 2 del decreto-ley no son una consecuencia del normal desarrollo del Convenio constitutivo del FMI. Es decir, los Estados no están obligados a adherirse a dichos Nuevos Acuerdos en virtud del propio Convenio constitutivo. No se trata de un compromiso ineludible adquirido en el momento en que se integró el Convenio en el ordenamiento jurídico español. Por el contrario, el art. 3 de dichos acuerdos deja bien claro que la adhesión a los mismos no es obligatoria para los Estados miembros del Fondo y que se precisa una adhesión específica depositando al efecto el instrumento correspondiente. Se trata de un nuevo compromiso internacional que exige un pronunciamiento expreso de adhesión. En ese sentido, la denominación particular del acuerdo que incorpora dicho compromiso es irrelevante, de conformidad con el art. 2.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Lo realmente relevante es que el Estado español asume una obligación frente a otros Estados en el marco del Derecho Internacional, y que, de acuerdo con la CE, cuando se trata de las materias previstas en los arts. 93 y 94.1 CE debe ser autorizada por las Cortes Generales, independientemente de que el compromiso se formalice en un convenio o en la obligación nacida en el marco de un tratado, que la hace posible pero no exigible a los Estados Partes. Consecuentemente, el art. 2 del Real Decreto-ley es inconstitucional por infracción del art. 94.1 d) de la Constitución Española.

Por lo que respecta al art. 3 del Real Decreto-Ley, el TC se pronuncia a favor de su inconstitucionalidad. El referido precepto autoriza la ratificación de la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del FMI. Precisamente, la modificación mediante una enmienda de un convenio ya incorporado al ordenamiento jurídico español, en tanto que implica un nuevo compromiso, sólo pue-

de realizarse en los términos exigidos por la Constitución Española para la integración de un convenio similar, es decir, en este caso, en los términos exigidos para la ratificación de un convenio de los previstos en el art. 94. 1 CE.

La sentencia del TC también da respuesta al recurso presentado contra la Ley 13/1999, de 21 de abril, de igual contenido que el Real Decreto-Ley y resultante de la tramitación de éste por la vía prevista en el artículo 86.3 de la Constitución. El TC, por lo que respecta a las cuestiones relevantes desde la disciplina del Derecho Internacional Público, se pronunció en el siguiente sentido. Puesto que la Constitución establece en su artículo 74.2 un procedimiento parlamentario específico, y distinto del procedimiento parlamentario ordinario o común, para las autorizaciones previstas en el 94.1, cuando el Gobierno requiera de las Cortes Generales su autorización previa a la prestación del consentimiento del Estado español, ésta deberá tramitarse por la vía directamente establecida en la Constitución y en ningún caso por la vía de los procedimientos legislativos, como ha sido el caso de la Ley 13/1999. El problema surge, en relación con la Ley 13/1999, del hecho de que en dicho texto legislativo se incorporó no sólo la autorización formal de las Cortes Generales, sino también una serie de disposiciones legislativas necesarias para la mejor integración en el ordenamiento español de la norma externa que se autorizaba. Por ello, se optó por tramitarla por la vía del procedimiento legislativo, apartándose del procedimiento constitucionalmente exigible. El tribunal indica que, en estos casos, lo que se impone es una tramitación doble de la autorización previa, de un lado, y de la ley correspondiente que incluya las medidas legislativas necesarias como consecuencia de la autorización, de otro lado.

En consecuencia, el alto tribunal declara la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley por infracción de los arts. 94.1.d) y 74.2 CE. No obstante, no declara la nulidad del precepto en atención a los graves perjuicios que dicha nulidad acarrearía al FMI y a otros Estados, entendiéndose que la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 es suficiente sanción y no es necesario añadir un efecto anulador que no sólo no repararía en su integridad el mal causado, sino que además implicaría la “revisión de un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva del Derecho Internacional Público”.

# Documentación

---

Sección coordinada por Pilar Pozo Serrano,  
con la colaboración de Elena López-Almansa Beaus