
Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público*

María José CERVELL HORTAL
Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS
Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ

I. EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Es este el primer año que debemos acometer este apartado bajo la vigencia de la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE de 24 de noviembre de 2009) y, aunque sus efectos aún no se han dejado sentir plenamente, es más que probable que el número de comentarios de sentencias sea en unos años menor del hasta ahora existente. La Ley ha modificado, entre otros preceptos, el artículo 23.4 de la LOPJ, que limita considerablemente el ejercicio de la jurisdicción universal por los jueces españoles al establecer lo siguiente:

«(...) Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles».

* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de septiembre de 2009 al 31 de agosto de 2010.

Las consecuencias prácticas ya se están dejando entrever: asuntos archivados (Tíbet¹) y otros que, bajo la nueva ley, ha resultado imposible iniciar (investigación de la expulsión de la saharai Aminatu Haidar). Corren nuevos tiempos para el ejercicio de la jurisdicción universal por nuestros tribunales.

Auto Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la AN de 27 de enero de 2010

Ponente: *Baltasar Garzón Real*

El juez de la AN admite con este auto a trámite las querellas interpuestas por las torturas sufridas por cuatro prisioneros en el campo de Guantánamo (Cuba).

En la fecha en que se dicta este auto ya está en vigor la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial que mencionamos y que, como sabemos, exige un vínculo para que los tribunales españoles puedan actuar (existencia de víctimas de nacionalidad española, que el delincuente se encuentre en España o que exista algún vínculo de conexión relevante con España), además que no se haya iniciado en otro país o ante un Tribunal internacional un procedimiento para investigar y perseguir los hechos. El juez, consciente de ello, se muestra especialmente cuidadoso a la hora de justificar su jurisdicción española, posible en este caso por la nacionalidad española de uno de los presos² (razonamiento jurídico segundo) y, en el caso de los otros, por estar procesados por delitos cometidos en España o relacionados con una investigación española (véase el fundamento jurídico tercero). Asimismo, se deja constancia de que el procedimiento se ha iniciado tras concluir, sin haber recibido respuesta alguna, el plazo que se dio al Gobierno estadounidense para que aclarara si había alguna investigación abierta en su territorio por esta razón.

¹ Auto de 26 de febrero de 2010. Se alega que la entrada en vigor se produjo antes del enjuiciamiento de la causa (razonamiento jurídico segundo) tras criticar (razonamiento jurídico primero) que la ley no regule la situación de los procedimientos en curso).

² Ahmed Abderramán Hamed, español, fue de hecho absuelto después de abandonar Guantánamo por el Tribunal Supremo (STS 22 de junio de 2006), que denunció severamente en su resolución las irregularidades de su detención.

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª),
de 3 de febrero de 2010 (JUR 2010\143602)**

Recurso de casación núm. 20048/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro*

Continúa con este auto el asunto que ya se recogió en la anterior edición de estos comentarios³ relativo a la investigación de desapariciones durante la Guerra Civil española y la dictadura franquista y a la querrela planteada por un supuesto delito de prevaricación contra el juez que llevó a cabo el procedimiento. El auto ahora analizado declara la improcedencia del sobreseimiento solicitado por el magistrado respecto de la causa abierta por prevaricación.

Dejando a un lado las reflexiones jurisprudenciales sobre la prevaricación judicial, a las que el auto, como es lógico, dedica un buen número de páginas, nos centramos en aquellas que tienen vinculación directa con el Derecho Internacional. En concreto, el TS analiza en uno de los apartados del auto si la aludida existencia de delitos de lesa humanidad permiten reavivar una responsabilidad penal (la de quienes cometieron estos crímenes durante la Guerra Civil y los años de la dictadura) extinguida por prescripción y amnistía.

En efecto, el juez (el querrellado en esta causa) había dictado auto el 16 de octubre de 2008 calificando las conductas como crímenes de lesa humanidad, con lo que pretendía eludir la prescripción del delito de detención ilegal, al tiempo que alegaba que la irretroactividad de la ley penal no sería aplicable *stricto sensu* en este caso pues estaría en conflicto con las normas consuetudinarias de Derecho Penal Humanitario (así lo expresa el Fundamento jurídico 7º del auto de 2008). El magistrado buscó amparo para este razonamiento en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (caso Scilingo), pero este Tribunal recuerda ahora que

«en dicha sentencia se revoca una anterior de la Audiencia Nacional precisamente en la medida en que condenó al recurrente como autor de un delito de lesa humanidad, por considerar que con ello se había vulnerado el principio de legalidad penal, ya que aquel delito no estuvo tipificado en España con vigencia anterior a octubre de 2004».

³ Véase AEDI, vol. XXV, 2009, pp. 527 y ss.

De hecho, afirma el Tribunal, en esa sentencia se advirtió expresamente que la aplicación del Derecho Internacional Penal no puede llevarse a efecto directamente, sino que «es necesaria una previa transposición operada según el Derecho interno». El Tribunal Supremo indicó además en la sentencia mencionada sobre el asunto Scilingo que «el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles» y que por eso el Tribunal circunscribió entonces los efectos de las circunstancias contextuales de los delitos comunes por los que condenó, acotándolos al estricto ámbito de la justificación de la perseguibilidad universal de estos. Con todo, prosigue el Tribunal, los hechos se sancionaron sin que se discutiera su tipicidad como delitos comunes ni la posible prescripción de la responsabilidad derivada de ellos como delitos comunes. Querer deducir de esa sentencia la autorización para prescindir de la prescripción de la responsabilidad penal o de la extinción por virtud de la amnistía contraía la sentencia de 1 de octubre de 2007, se afirma, «así como cualquier interpretación razonable de nuestro ordenamiento jurídico». Es más, el Tribunal recoge lo siguiente:

«Tampoco el Derecho Internacional ha establecido de manera unívoca la imprescriptibilidad de tales delitos. No lo hacía en el tiempo de los hechos ni lo hace en la actualidad. La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada el 20 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no prohíbe la posible prescripción sino que prevé expresamente su admisión en el Derecho interno de los Estados (artículo 8)».

Reflexiona también el alto Tribunal sobre lo que suponen las leyes de amnistía y su compatibilidad con la imprescriptibilidad de determinados delitos. El magistrado querellado consideró que la Ley de Amnistía 46/1977 se limitaba a delitos de naturaleza política, a la vez que defendía que no era posible entender que lo eran los de lesa humanidad (fundamento jurídico 11º de la resolución de 16 de octubre de 2008). El Tribunal Supremo aclara ahora lo siguiente:

«Lo que la Ley de Amnistía exigió para incluirlos en su ámbito es que los delitos se digan cometidos con finalidad política. Desde luego basta leer cualquiera de las denuncias, y la misma concreción del objeto del proceso que se efectúan en el auto analizado, para que resalte con absoluta objetividad que los

hechos que se toman en consideración son precisamente los cometidos como consecuencia de un plan de exterminio del adversario político.

De hecho, la efectiva aplicación de dicha Ley no se ha excluido en casos de delitos a los que unánimemente no se les reconoce el carácter de delitos de naturaleza político. Como los de terrorismo que sí se estimaron cometidos con fines políticos».

El Tribunal llega incluso a afirmar que sugerir que la Ley de 1977 equivale, como pretendía el juez (en fundamento jurídico décimo primero del auto de 16 de octubre de 2008), a un indulto general «constituye una ignorancia inexcusable sobre el alcance de ambos conceptos, tan jurídicamente grosera que no merece mayor explicación». La amnistía, continúa, «no tiene que vincularse necesariamente a la idea de perdón y menos aún al derecho de gracia». Se critica asimismo duramente la interpretación que de la ley hizo el magistrado (que se erige «en árbitro ético» de la decisión política tomada por las fuerzas políticas democráticas en 1977), con el pretexto de baremos axiológicos extraídos de instrumentos de Derecho internacional. La amnistía que recoge la ley española tuvo un respaldo casi absoluto de las fuerzas del Parlamento, y no cabe compararla con las amnistías unilaterales o *autoamnistías* a las que suelen referirse los instrumentos internacionales

Es más, el propio Derecho Internacional contempla a veces de manera expresa la concesión de amnistía. Así, el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, establece: «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».

La Ley de Amnistía tampoco contravendría, como se pretende por el magistrado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Europea de Derechos Humanos, en tanto en cuanto fueron incorporados al ordenamiento jurídico español con posterioridad a los hechos a los que se refiere la ley (en 1977 y 1979, respectivamente). Su aplicación irretroactiva tampoco sería posible, tal y como establece art. 28 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. Es cierto que este artículo precisa *in fine* «salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo», pero pretender que Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sea una excepción no es posible, porque incluso el propio Comité de Derechos Humanos declaró su

irretroactividad precisamente en un supuesto relativo también a la desaparición de personas (comunicación n° 275/1988, referida a Argentina).

**Auto del TS (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 550/2010,
de 4 de marzo (JUR\2010\111615)**

Recurso de casación núm. 1979/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca*

Rechaza en este caso el TS el recurso de casación que se había planteado contra el auto de la Audiencia Nacional (auto 1/2009, de 9 de julio de 2009, recurso n° 31/09) que declaró la incompetencia de la jurisdicción española en la querrela planteada contra siete dirigentes políticos y militares de Israel (entre ellos, el ex ministro de Defensa, Benjamín Ben Eliécer) como consecuencia de la acción militar que se llevó a cabo el 22 de julio de 2002 contra un líder de la organización terrorista Hamás en la franja de Gaza (en concreto, en el barrio de Al Daraj) y en la que hubo un considerable número de víctimas civiles. El auto de la AN contó con el voto particular de cuatro magistrados que entendieron que no se había hecho una lectura correcta del principio de jurisdicción universal y poniendo en duda la eficacia del proceso abierto en Israel que se convirtió en la justificación principal para rechazar la causa ante los tribunales españoles⁴.

El Tribunal Supremo considera que la respuesta dada en su día (junio de 2009) por la AN es perfectamente ajustada a Derecho, coincidiendo con esta al

⁴ El voto fue en ocasiones muy claro en su lenguaje: «El auto del que discrepamos justifica lo que denomina la desactivación del principio de concurrencia apelando a la clara prevalencia de la confianza en el Estado de Derecho (fundamento cuarto, párrafo primero). Se trata de una falacia, una afirmación en el vacío, sin análisis del contexto, que carece de significado (...) Legalizar las ejecuciones extrajudiciales y la correlativa muerte de civiles inocentes como actuaciones proporcionadas en la lucha contra el terrorismo, ya se ha visto que es posible. Sin embargo, esta situación ni puede recibir aval ni debe admitirse como legítima desde la perspectiva de la legalidad internacional (voto particular, p. 5). El voto afirma además (p. 8) la absoluta existencia de la jurisdicción universal en nuestro ordenamiento (conforme a la STC 237/2005) y que, por tanto, «la subsidiariedad no puede actuar como un límite –porque sería contradictoria con el principio universal– sino como un elemento regulador en supuesto de concurrencia de jurisdicciones». Se afirma finalmente (p. 10) que no hay en este caso cosa juzgada ni litispendencia según los estándares internacionales (y se basa en abundante jurisprudencia del TEDH) «porque las actuaciones judiciales y administrativas desarrolladas en Israel están lejos de cumplir con los criterios de efectividad en la investigación que establece la jurisprudencia del TEDH.

defender que el principio de jurisdicción universal no es aplicable en este caso porque en Israel se llevó a cabo una investigación sobre el asunto que terminó con el archivo de la causa. El Tribunal Supremo hace suya la argumentación que en su día hizo la AN al conocer del asunto:

«la Audiencia expone la legalidad que rige la materia, tanto estatal como internacional, la jurisprudencia de la propia Audiencia Nacional, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo sobre la ausencia de carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, sobre que es generalmente prioritario el criterio de subsidiariedad sobre el de concurrencia y la necesidad de que se module todo ello en cada caso concreto» (razonamiento jurídico 2º)

Recuerda asimismo el Supremo que en la actualidad pende proceso penal por este caso (también conocido como caso Gaza o caso Shehadeh, nombre de uno de los integrantes de Hamás que resultaron muertos), y que las partes consintieron la creación de una Comisión independiente de investigación de los hechos, que lleva a cabo su cometido bajo revisión judicial de sus decisiones. Se concluye por tanto que «ha habido real y verdadera actuación para comprobar una posible comisión delictiva, y existe litispendencia» (razonamiento jurídico 2º), por lo que la jurisdicción española no es competente.

No será este el último caso en el que nuestros tribunales tengan que dilucidar una cuestión relacionada con actuaciones de los dirigentes israelíes: el 21 de julio de 2010 se presentaba una querrela por delitos de lesa humanidad contra varios miembros del Gobierno israelí (entre ellos, el primer Ministro Benjamín Netanyahu y el ministro de Defensa Ehud Barak) por el ataque, el 31 de mayo de 2010, a la flotilla de la Libertad que se dirigía a Gaza a entregar ayuda humanitaria y en el que nueve personas fallecieron.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª),
número 691/2010, de 13 de julio (JUR 2010\287616)**

Ponente: *Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer*

El asunto Couso, al que en años anteriores ya hicimos referencia⁵, reaparece una vez más ante nuestros Tribunales, esta vez para que el Supremo

⁵ Véase AEDI, vol. XXII, 2006, pp. 649 y 652; AEDI, vol XXIII. 2007, pp. 523-550 y AEDI, vol. XXV, 2009, pp. 329 y ss.

estudie un recurso de casación contra el auto de 23 de octubre de 2009 por el que la Audiencia Nacional declaró la conclusión y el sobreseimiento libre para aclarar las circunstancias y los responsables de la muerte del cámara de Telecinco José Couso el 8 de abril de 2003 en una acción del Ejército estadounidense en el Hotel Palestina de Bagdad.

Como se recordará, tras un primer archivo de la causa por la Audiencia Nacional en marzo de 2006, el TS aceptó la jurisdicción española en este asunto (STS 1240/2006, de 11 de diciembre) y ordenó reabrirlo. El instructor de la causa en la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, dictaba auto de procesamiento el 27 de abril de 2007 contra tres miembros del Ejército norteamericano, por un delito contra la comunidad internacional, considerando que de ellos partió la orden directa de disparar el proyectil que provocó la muerte del cámara. El auto de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2008 (recurso de apelación 158/2007) dejó sin efecto ese auto de procesamiento entendiendo que el ataque no fue indiscriminado ni excesivo y que había resultado imposible probar que el disparo estuviera dirigido a los terroristas. El disparo, se afirmó, fue una «acción típica de guerra» (razonamiento jurídico 2º). La causa, sin embargo, en contra de la petición del Ministerio Fiscal, no fue archivada, y se devolvieron las actuaciones al Instructor para que, al no estar concluida la instrucción, decidiera los pasos a seguir.

El 21 de mayo de 2009 se dictaba nuevo auto de procesamiento contra los militares norteamericanos, como autores de un delito contra la Comunidad Internacional (art. 611.1 y 608.3 del Código Penal), además de un delito de homicidio (artículo 138 del Código Penal).

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra este auto, que fue estimado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN (auto de 14 de julio de 2009), acordando dejar sin efecto los procesamientos y las medidas cautelares y ordenando al instructor concluir el sumario. Así lo hizo, remitiendo las actuaciones a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN. El 23 de octubre de 2009, la AN dictó el auto confirmando el auto de conclusión del sumario y decretando el sobreseimiento libre de las actuaciones (confirmando así la revocación del procesamiento del sargento Thomas Gibson, el capitán Philip Wolford y el teniente coronel Philip Camp, acusados de provocar la muerte del cámara). Ese es el auto que, recurrido en casación, el TS contempla en la sentencia que ahora analizamos.

El Tribunal justifica la aceptación del recurso basándose en varios de los argumentos presentados por los recurrentes. Considera, en primer lugar, que

en cuanto el auto que se recurre acordaba el sobreseimiento libre, lo que en realidad hacía era anticipar una sentencia absolutoria cuando aún no se habían agotado las diligencias pedidas por el juez instructor (así, la declaración de los procesados a presencia judicial, la declaración de una sargento de los Servicios de Inteligencia militar estadounidense o la comisión rogatoria a Ira para efectuar un reconocimiento judicial en el lugar de los hechos) y se podía, por tanto, producir indefensión de las partes (razonamiento jurídico segundo).

El Tribunal critica, asimismo (razonamiento jurídico cuarto) la desestimación de las pruebas, que afecta en este caso al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes⁶

Los recurrentes solicitaron en su recurso la aplicación de los artículos 611 y 614 del Código Penal (que castigan conductas varias contra la población civil en caso de conflicto armado). El Tribunal hace un inciso en este punto para valorar detenidamente estos artículos, ubicados en el capítulo III (De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) dentro del título XXIV (Delitos contra la comunidad internacional), y que hacen especial hincapié en las personas protegidas por las normas del Derecho Internacional Humanitario (Convenios de La Haya de 1899, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado de 1994). De hecho, el Tribunal reproduce íntegramente los artículos 146 y 147 de la IV Convención de Ginebra, relativa a la protección de los civiles en tiempo de guerra y los artículos 11, 48, 49, 51, 52, 57, 79, 85 del Protocolo Adicional I de 1977 (protección de la persona, definición de ataques, población civil y su protección, protección de los bienes civiles, precauciones en el ataque, protección de periodistas y represión de las infracciones del Protocolo I). Tras dedicar un considerable número de páginas a estos artículos, lo que creemos digno de señalar en cuanto no suele ser habitual, afirma lo siguiente (razonamiento jurídico sexto):

⁶ En concreto, se había solicitado lo siguiente: declaración del representante en España de las televisiones Al Yazeera y Abbu Dabhi b), comisión rogatoria para el reconocimiento judicial y reconstrucción de hechos en Bagdad, para determinar así los dispositivos ópticos con que contaba el carro de combate que disparó y la declaración testifical de una sargento que afirmó en un programa de televisión que el Hotel fue designado como objetivo militar por el Ejército norteamericano pese a saber que se alojaba allí la prensa) y el informe del catedrático de Derecho Internacional Público Galinsoga Jordá.

«La resolución recurrida declaró el sobreseimiento libre de las actuaciones, conforme al art. 637.2 LECr, en cuanto que consideró que los hechos no eran constitutivos de delito, sin embargo, las actuaciones de instrucción prácticas, no permiten compartir las conclusiones del Tribunal de instancia; por el contrario, indiciariamente los hechos merecen la subsunción en los preceptos penales citados, y en las normas del Derecho Internacional humanitario antes transcritas».

El Tribunal deja constancia así de la absoluta vigencia y primacía de las normas internacionales y, en particular y en este caso de las de Derecho Internacional Humanitario, advirtiéndose incluso una velada recriminación a la AN por no haberlas contemplado de manera expresa.

Continúa el Tribunal reflexionando sobre las normas de Derecho Internacional Humanitario y perfilando algunos de sus aspectos en el razonamiento jurídico octavo para estimar el motivo de recurso que los acusadores particulares alegaban (infracción de ley por infracción de precepto legal, al vulnerar por falta de aplicación el artículo 611.1º y 3º y 139 del CP en relación con los artículos 146 y 147 de la IV Convención y con los arts. 49, 50, 51, 57, 59 y 85 del Protocolo Adicional):

«(...) hay que tener en cuenta que ni siquiera en acciones bélicas pretendidamente defensivas o de respuesta a agresiones previas reales (mucho menos en las supuestas), cabe aplicar circunstancias, como la legítima defensa, cuando quien se convierte en beligerante, comete cualquiera de las acciones tipificadas como contrarias al Derecho de la Guerra, atacando del modo transcrito a quien merece la consideración de ‘persona protegida’, en los términos del art. 608 de nuestro CP, y de acuerdo con el supuesto tipificado en el nº 1º del art. 611 del mismo texto legal, según el que tal previsión punitiva es sin perjuicio de la que corresponda por los resultados producidos, que en el caso de autos, no cabe duda que están constituidos por el delito de Homicidio previsto en los arts. 138 y ss CP.

Por otra parte, la estratégica bélica denominada «de impacto y pavor», consistente en actos como el bombardeo sobre personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en cuanto que la responsabilidad penal es puramente personal, si bien no puede surgir del mero apoyo político o logístico de acciones bélicas, sí es penalmente imputable a quien tenga dominio sobre la dirección específica de las operaciones bélicas (cfr. ATS de 21-1-2004, rec. 142/2003)».

Las críticas a la valoración de las pruebas que hace el auto recurrido (hay pruebas pendientes y documentos que no han sido apreciados correctamente) son constantes (véase en concreto el razonamiento jurídico décimo).

El razonamiento decimotercero también pone en duda de manera clara la labor de aplicación del Derecho Internacional:

«(...) se critica que el auto recurrido se refiera a la existencia de condiciones técnicas de beligerancia, como causa de exclusión de aplicación de las normas y acuerdos internacionales, cuando esa situación es la que determina la aplicación de tales normas».

La filosofía de fondo que se deduce de la sentencia es la importancia de las normas de Derecho Internacional Humanitario y lo impropio de su olvido por parte de algunos jueces en su aplicación y correcta interpretación de determinados asuntos, lo que sin duda es una victoria más en la consolidación definitiva de este sector del ordenamiento jurídico internacional.

El Tribunal deja, por tanto, sin efecto el auto recurrido y ordena proseguir las actuaciones, practicar las diligencias de instrucción pendientes y las demás que resultaren procedentes para esclarecer los hechos. Lo que está claro es que el caso Couso está lejos de darse por terminado y que se confirma como un asunto que se convertirá en referencia obligada, al margen de los problemas diplomáticos que, por la nacionalidad de los tres militares a quienes se investiga, su continuación pueda suponer.

Las actuaciones judiciales continúan mientras esto se escribe. El 29 de julio de 2010 el juez de la AN Santiago Pedraz, apoyándose en la sentencia del TS que acabamos de analizar, dictaba auto ordenando la búsqueda, captura e ingreso en prisión del teniente coronel Philip de Camp, al capitán Philip Wolford y al sargento Thomas Gibson. La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) autorizó el 14 de septiembre al juez para que pudiera desplazarse una comisión judicial al lugar de los hechos. La prensa publicaba en fechas cercanas a las del cierre de estas líneas (el 5 de octubre de 2010) que el magistrado había enviado un escrito a la Interpol pidiendo explicaciones por la negativa de poner en situación de busca y captura a los tres militares estadounidenses (basándose en el artículo 3 de su Estatuto que prohíbe a la organización toda actividad o intervención en cuestiones de carácter político, militar, religioso o racial).

II. DERECHO DEL MAR

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 7ª), de 17 de febrero de 2010

Recurso de casación 548/2008

Ponente: *Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén*

En el presente recurso de casación, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre las pretensiones de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) relativas a la suerte de 23 personas que viajaban a la deriva en aguas internacionales, detenidas en Mauritania y a las cuales un remolcador español de Salvamento Marítimo acudió a auxiliar ante una avería de su embarcación que le impedía navegar por sus medios.

Según recuerda el segundo fundamento de Derecho de la sentencia en cuestión, resulta conveniente tener presente el relato fáctico que sustenta los anteriores pronunciamientos, y que el Alto Tribunal toma como punto de partida para su fallo. Efectivamente, hallándose dicho buque en estado de difícil navegación, fue rescatado por el remolcador español y trasladado al puerto más cercano sito en Mauritania, en cumplimiento de un tratado internacional de auxilio en el mar que esta no había suscrito, ya que por razones humanitarias las autoridades concedieron una autorización excepcional para que el barco español lo remolcara. Si bien la mayoría de los viajeros fueron repatriados en cumplimiento de un Acuerdo firmado en febrero de 2007 entre el Reino de España y la República de Mauritania, 23 de ellos permanecieron en Mauritania hasta julio, fecha en que 13 fueron repatriados a Pakistán por no precisar protección internacional, y los otros 10 fueron trasladados a España.

La pretensión casacional se refiere al trato dispensado a esas 23 personas durante los meses que pasaron en el puerto de Mauritania, cuyos derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad y a la tutela judicial efectiva se consideraron violados por las autoridades españolas que las «detuvo» y «trasladó» a Mauritania en vez de a España.

Sin embargo el TS, en sus fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo, descarta la reprobación de la actuación de las autoridades españolas. Como explicita en el último de los fundamentos mencionados, no puede hablarse de ninguna violación de los derechos fundamentales invocados por la CEAR:

«Las penosidades sufridas por las personas extranjeras de que se viene hablando se derivaron del riesgo de naufragio que sufrió la embarcación en la que

vijaban y, como se ha dicho, la actuación del Estado español consistió, primero, en prestar un auxilio humanitario que evitara males mayores a esas personas y, luego, en facilitar a estas últimas los medios que les resultaban necesarios para retornar a la situación en que se hallaban antes de ese naufragio. Por tanto, no cabe hablar de daños a la integridad física y moral que hayan sido causados a dichas personas por la Administración española y, consiguientemente, tampoco puede considerarse que la acción de esta última les haya vulnerado el derecho fundamental reconocido en el artículo 15 CE.

La limitación de libertad que tuvieron esas personas en Mauritania fue, como también ya se ha avanzado, una consecuencia de la situación generada por el riesgo de naufragio que sufrieron y no un acto de detención practicado por autoridades o funcionarios el Estado español, por lo que también carece de justificación la pretensión de que existió una vulneración de los derechos y garantías reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 17 CE.

Por último, encontrándose esas personas en el extranjero y no teniendo derecho a exigir su traslado al territorio español, la negativa por parte de la Administración española a llevar a cabo ese traslado no puede considerarse que haya producido a tales personas un obstáculo que antes no tenían para el acceso a los tribunales españoles o para solicitar el asilo. Así pues, son igualmente infundadas las vulneraciones denunciadas de los artículos 24 y 13 CE».

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª, Sección 1ª),
núm. 185/2010, de 3 de marzo de 2010**

Recurso de casación 11337/2008.

Ponente: *Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca*

Se trata este caso de un típico supuesto de delito contra la salud pública por el que se condena a cuatro tripulantes de una embarcación que navegaba con pabellón de Estados Unidos y con el puerto de registro tapado con pintura azul. Dicho velero transportaba una carga importante de cocaína que se pretendía introducir en España, y que fue detectada por miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera tras el pertinente abordaje en aguas internacionales en el Océano Atlántico.

Precisamente, entre los motivos de casación se esgrime la nulidad del abordaje realizado, que el TS considera no existe por ajustarse a las previsiones del Convenio de Bahía Montego (en especial su artículo 110, que se reproduce íntegramente) y la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico

ilícito de estupefacientes. En efecto, señala en su fundamento jurídico tercero y ratifica en el séptimo y noveno:

«...no determina la nulidad del abordaje ni de todo lo ocurrido con posterioridad. Las sospechas policiales autorizaban a realizar vigilancias sobre un barco sospechoso y a controlar su derrota, de manera que el patrullero Petrel, en cumplimiento de sus obligaciones, podía acercarse y verificar con los medios a su alcance la regularidad de la navegación y la concurrencia o no de elementos sospechosos. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por España por Instrumento de 30 de julio de 1.990, dispone en el artículo 17.1 que «Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar».

Una vez en las cercanías de la embarcación sospechosa, deben tenerse en cuenta las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada por España por Instrumento de 20 de diciembre de 1996. Luego de establecer en el artículo 108 la obligación de todos los Estados en la cooperación para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales, regula en el artículo 110 el derecho de visita que se reconoce a los buques de guerra que encuentren en alta mar un buque extranjero que no goce de inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 de la Convención, siempre que haya motivo razonable para sospechar que el buque, entre otros casos que cita, no tenga nacionalidad.

(...) el patrullero Petrel, del Servicio de Vigilancia Aduanera, claramente identificado como buque al servicio del Gobierno de España, pudo legítimamente acercarse al velero sospechoso y, una vez verificado que carecía de matrícula, que no podía ser identificado adecuadamente, y que, por lo tanto, existían vehementes sospechas de que carecía de nacionalidad, pudo abordarlo para realizar las comprobaciones necesarias. Así se hace constar en las actas levantadas por la tripulación del patrullero, en las que se hace expresa mención al artículo 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, precepto que también aparecía ya citado en el Auto Judicial para el caso de que la embarcación navegara irregularmente identificada.

(...) En consecuencia, (...) las diligencias policiales realizadas para abordar el barco y ocupar la droga son válidas en cuanto encuentran apoyo en las disposiciones de las Convenciones internacionales citadas, incorporadas al ordenamiento español tras su ratificación».

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sec. 3^a),
núm. 70/2009, de 12 de diciembre de 2009**

Recurso 50/2007

Ponente: *Excma. Sra. D^a Clara Eugenia Bayarri García*

Nuevamente otro caso en el que, en relación a un delito contra la salud pública, se plantea por la defensa la nulidad del abordaje realizado, «efectua(do)... en aguas internacionales a sabiendas de que, de forma inmediata iban a entrar en aguas jurisdiccionales inglesas, «todo ello a efectos de poder realizar el abordaje en aguas internacionales y no perder la jurisdicción para realizarlo»(fundamento jurídico quinto) y con conocimiento de que enarbolaba pabellón alemán.

La Audiencia Nacional, sin embargo, descarta tal nulidad y en su fundamento de derecho quinto señala que las autoridades policiales españolas conocieron la nacionalidad del buque ya tras el abordaje, pues la nacionalidad del pabellón con el que las habían descubierto que había zarpado era falsa según se descubrió al solicitar autorización para el abordaje a dicho país. Es más, prueba de dicho extremo es el dato de que una vez conocida la nacionalidad alemana, se había instado la autorización para registrar el barco al verdadero país del pabellón, que se otorgó. Como señala el Tribunal: «Esta sala no aprecia irregularidad alguna en el abordaje del velero (...) que ostentaba pabellón falso holandés, y que finalmente –en el momento del abordaje– ostentó el pabellón alemán». No se aprecia, así, causa alguna de nulidad, ni en el abordaje mismo, ni en su posterior registro (notificado oportunamente a la Embajada de la república Alemana en Madrid, el mismo día 28 de marzo de 2006).

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2^a),
núm. 753/2010, de 19 de julio de 2010**

Recurso de casación 11346/2009

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

Otro supuesto con implicaciones de Derecho Internacional del Mar vuelve a referirse a una condena por delito contra la salud pública cuyo fallo se pretende casar esgrimiendo la nulidad del abordaje del buque en cuestión por miembros del Cuerpo Nacional de Policía y del Servicio de Vigilancia Aduanera.

Y el TS examina estos aspectos en el fundamento jurídico undécimo, desestimando nuevamente la nulidad del abordaje, en este caso por tratarse de buque abordado en aguas internacionales mientras no enarbolaba pabellón alguno:

«5) Para finalizar, en los Recursos (motivos 7º y 15º del RP, 4º del RA y 6º del RC) se cuestionan también el valor procesal del abordaje y ulterior registro del buque portador de la droga... daremos respuesta a las alegaciones formuladas que, en concreto, se refieren a dos posibles causas de nulidad: que el abordaje se realizara sin autorización de las Autoridades nacionales del pabellón del barco ni, al menos, la de su Capitán y que no se encontrase presente en el registro del mismo el Secretario judicial.

Para contestar a la primera de tales cuestiones hay que recordar cómo, según la prueba practicada y de acuerdo con los razonables argumentos ya expuestos en el Fundamento Jurídico Quinto de la recurrida, el buque no enarbolaba distintivo alguno identificativo de su pabellón en el momento de ese abordaje, por lo que la actuación, previamente habilitada por la Autoridad judicial española, estaba permitida, tanto conforme a lo dispuesto en el Convenio sobre los derechos del Mar como en el de las Naciones Unidas relativo a la represión del tráfico de Estupefacientes, máxime cuando también se tiene por acreditado que el Capitán de la nave no sólo no se opuso al mismo sino que, incluso, acompañó e indicó a los agentes hasta el lugar en donde se encontraba depositada la carga».

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª),
núm. 191/2010, de 23 de febrero de 2010**

Recurso de casación 11145/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Alberto G. Jorge Barreiro*

Otra desestimación de recurso de casación contra sentencia condenatoria por delito contra la salud pública insiste en la legalidad del abordaje y del registro del buque. El buque litigioso viajaba con pabellón de conveniencia británico, y fue abordado por agentes de la Guardia Civil en aguas internacionales sin contar con autorización de las autoridades diplomáticas o consulares británicas, determinando tras el registro que transportaba una cantidad importante de estupefacientes.

Es así que en el fundamento jurídico duodécimo, el Tribunal Supremo justifica la conformidad a Derecho del abordaje y posterior registro, y

descarta la presunta violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de nuestra Carta Magna. Para ello, trae a colación los artículos del Convenio de Bahía Montego sobre cooperación internacional para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales, y sobre la regulación del derecho de visitas respecto de aquellos buques que o bien no tengan nacionalidad o se nieguen a izar su pabellón (artículos 108 y 110, respectivamente). Seguidamente, recuerda cómo el artículo 91 del mismo tratado exige una relación auténtica entre el Estado y el buque. Y por último reproduce el artículo 17 de la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, sobre cooperación en la eliminación del tráfico ilícito por mar.

Finalmente, el tribunal demuestra cómo el supuesto de hecho entra de lleno en tales previsiones: el barco viajaba bajo pabellón de conveniencia «sin que pud(iera) admitirse que estuviera bajo la jurisdicción del Reino Unido, pues, ...ha(bía) quedado fehacientemente evidenciado que la documentación había sido falsificada, lo que significa que no viajaba bajo pabellón alguno», la falta de autorización no implicaba la nulidad del abordaje pues «no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio derecho penal internacional», y además las autoridades británicas acabaron autorizando el abordaje del buque unas horas después de su real ejecución, lo que subsanaba cualquier irregularidad previa que pudiera esgrimirse.

III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

Auto del Tribunal Constitucional (Sección Primera), núm. 62/2010, de 9 junio de 2010

Recurso de amparo 1083/2007

En el presente recurso, finalmente inadmitido por el Tribunal Constitucional, se aduce como motivo de amparo la infracción de los principios generales del Derecho y de los acuerdos y tratados internacionales de los que España es parte, citando dos resoluciones de la ONU (la 1989/65, de 24 de mayo

de 1989, relativa a la prevención e investigación de ejecuciones extralegales, sumarias o arbitrarias, y la 1996/119, relativas a los derechos de las víctimas y sus familiares a saber, a la justicia y a obtener reparación). El supuesto de hecho que subyace a tal pretensión estriba en la no admisión en sucesivas instancias administrativas y judiciales de la solicitud de exhumación e identificación de los restos de un familiar militar fallecido en el frente de la antigua Unión Soviética durante la Segunda Guerra Mundial.

Los recurrentes sostienen que tales actos y normas internacionales reconocen el derecho a la reparación, que en el caso de su familiar se concreta en su solicitud de exhumación e identificación, y que la negativa a hacerlo supone imponerle un castigo *post mortem*, una pena de destierro respecto de su enterramiento con sus familiares.

Sin embargo, y por lo que se refiere a este aspecto del amparo solicitado, el TC comparte en gran medida las alegaciones del Ministerio Fiscal, quien señala que no puede tutelarse por esta vía la infracción de principios generales del Derecho y derechos consagrados en resoluciones de la ONU que no forman parte del Derecho interno. Y en el primer fundamento de Derecho, el TC recuerda que «los tratados internacionales no constituyen canon de constitucionalidad de los derechos, sino elementos de interpretación de los constitucionalmente proclamados (por todas, SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3; 110/2007, de 10 de mayo, FJ 2; 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 20»).

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 18 de marzo de 2010

Recurso contencioso-administrativo 28/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde*

En recurso contencioso-administrativo, se pretende cuestionar la Resolución del Ministerio de Justicia por la que se denegaba a un ciudadano el reconocimiento del derecho de poder defenderse personalmente en todo tipo de procedimientos sin tener que hacerlo mediante Abogado y Procurador y del derecho de petición establecido en el art. 29 de la Constitución con el fin de que se promuevan los cambios legislativos necesarios para adaptar el derecho a defenderse personalmente a los criterios de la Constitución Española y en los Tratados internacionales ratificados por España (FD1). Por tanto, se

aducen normas convencionales internacionales (el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) para justificar el *petitum* y declarar no ajustada a Derecho la resolución impugnada sobre la base de los mismos y de la CE.

El Tribunal sin embargo descarta la violación del derecho de petición habida cuenta de que ante la petición formulada por el actor. A partir del fundamento de Derecho 3º se pronuncia el Tribunal sobre el derecho de defensa privada a la luz de los tratados internacionales. En este sentido, señala que este derecho forma parte, ciertamente, del derecho más genérico, reconocido en el art. 24.2 CE, «a la defensa», y

«Este Tribunal ha tenido ocasión de proclamarlo, con el apoyo interpretativo, dispuesto por la propia Constitución, del art. 6,3 c) CEDH, asumiendo la declaración contenida en la referida S 25 abril 1983 TEDH (»caso Pakelli») según la cual dicho precepto «garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita», sin que la opción en favor de una de esas tres posible formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal (STC 37/88, f. j. 6º).

Pero dicho derecho a defenderse por sí mismo no puede excluir la preceptiva asistencia técnica, ya que su contenido «no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica», como la propia Comisión Europea de Derechos Humanos ha entendido «al apreciar que el art. 6,3 c) CEDH «no garantiza al acusado el derecho a decidir él mismo de qué manera asegurará su defensa», correspondiendo a la Autoridades competentes decidir si el acusado se defenderá por sí mismo o con asistencia de un abogado elegido por él mismo o nombrado de oficio (decisión de admisibilidad de la demanda núm. 5923/72 contra Noruega, de 3 mayo 1975)» (fd 4).

Por tanto, lo que se plantea es la conciliación de la normativa procesal española y los derechos de petición y a la defensa, que la Audiencia Nacional, conforme a las alegaciones del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y con apoyo interpretativo en tratados internacionales, estima procede y por tanto no existe ninguna vulneración de preceptos convencionales (fd 5 y 6).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 3 de diciembre de 2009

Recurso 1274/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 12 de noviembre de 2009

Recurso de casación 4968/2008

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 12 de noviembre de 2009

Recurso de casación 1077/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 12 de noviembre de 2009

Recurso de casación 4668/2008

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 5 de noviembre de 2009

Recurso de casación 407/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 15 de octubre de 2009

Recurso de casación 1125/2008

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 5 de noviembre de 2009

Recurso de casación 4418/2008

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres*

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en casación sobre numerosos casos de particulares que han pretendido ejercitar su derecho a la objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía, los cuales se han dirigido a este órgano jurisdiccional tras ver desestimadas sus instancias en los ámbitos autonómicos, o bien después de estimarse sus recursos por los

Tribunales Superiores de Justicia han visto cómo las sentencias eran recurridas ante el TS. Son tantos los supuestos de hecho que en esta sede nos limitaremos a dar cuenta, por la imposibilidad de referenciar todos ellos debido a su extensión, de los más sobresalientes.

Así pues, en algunos casos, los padres que pretendían ejercitar dicho derecho en nombre de sus hijos como parte del derecho a la libertad ideológica y religiosa vieron denegada su solicitud por las Consejerías de educación, lo que motivó diversos recursos contencioso-administrativo. En otros supuestos, los progenitores vieron sus pretensiones acogidas por el TSJ, pero se interpuso recurso de casación por letrados de la Junta de Andalucía o el Ministerio Fiscal, por ejemplo (vid. sentencia en recurso 1274/2009). En definitiva, el resultado en todos los casos es el mismo: rechazar que los alumnos estén exentos de cursar y ser evaluados de la asignatura, que sí que tiene que ser tenida en cuenta a efectos de promoción.

Los argumentos que sustentan las pretensiones de los progenitores incluyen referencias al articulado del Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En relación al CEDH, se pide la tutela del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones amparada por el art. 27.3 de la Constitución y del derecho de libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 de la propia Constitución del que forma parte el de objeción de conciencia, pues se considera que parte de los contenidos de la materia Educación para la Ciudadanía resultan contrarios a sus convicciones morales y religiosas. Además, con fundamento en el artículo 10.2 CE, se subraya como estos derechos aparecen recogidos en los artículos 18 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo primero del Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales que se refiere al respeto en los centros docentes públicos de los valores de la ética cristiana.

A este respecto, cabe citar el fundamento de derecho primero de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2009 (Recurso 1274/2009), que reproduce un extracto de la sentencia previa del TSJ de Andalucía, impugnada:

«Según el TEDH, es al Estado y a cada centro docente al que le corresponde suministrar a los padres la información necesaria para que puedan ejercer

su derecho a educar a sus hijos, incluso ejerciendo el derecho de objetar a la asignatura parcialmente, como preveía la norma noruega objeto de la sentencia de 29 de junio de 2007. En nuestro caso, esa información no se ha suministrado y, además, los contenidos tienen un alto grado de indefinición, lo que no facilita el ejercicio de los derechos de los padres. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2006, señala como finalidad de la asignatura formar a los nuevos ciudadanos en «valores comunes». Y en los Reales Decretos 1631/06 y 1513/06, que establecen las enseñanzas mínimas, se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. Ante esta situación, es razonable que los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, que no tiene por qué exponer detalladamente, como también señala el TEDH y prevé el art. 16.2 CE, pueden estar en desacuerdo con parte de la asignatura, y lógico que soliciten se excluya de ella a su hijo, a falta de otras previsiones normativas que permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa».

Sin embargo, frente a tales argumentos el tribunal se sirve de la mismas referencias convencionales internacionales para llegar a la conclusión contraria: reconocer el derecho a la objeción de conciencia supone vulnerar tratados internacionales, además de otras normas: «infracción de los arts. 16 y 27 CE, 24 LOE, 62.1.a) LRJ-PAC y 2 del Protocolo núm. 1 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y... del art. 35 LOTC en relación con el artículo 5 de la LOPJ y 1.7 del Código Civil. Todos ellos, aun poniendo énfasis en aspectos distintos y siguiendo estilos argumentativos diferentes, coinciden en un dato central: niegan que en el ordenamiento jurídico español exista el derecho a la objeción de conciencia reconocido por la sentencia impugnada» (fd 2 de la sentencia del TS de 3 de diciembre de 2009, Recurso 1274/2009). Y el TS prosigue su argumentación (fd 3) reproduciendo la fundamentación jurídica de sentencias anteriores, en especial la sentencia del Pleno de la Sala de fecha 11 de febrero de 2009 dictada en el recurso núm. 905/2008, que incluye nuevamente referencias a la jurisprudencia del TEDH.

Así pues, la jurisprudencia consolidada del Supremo, y sin perjuicio de que en algunos casos estime sus pretensiones casacionales por motivos procesales (como incongruencia, *vid.* sentencia en casación 4968/2008 contra sentencia del TSJ de Asturias), insiste en la inexistencia del derecho de objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía por cuestiones de fondo que son comunes y tienen que ver con el derecho y la obligación de interpretarlo conforme a los tratados internacionales en que España

es parte. Son los argumentos de las sentencias de 11 de febrero de 2009 en los recursos de casación números 948/2008, 949/2008 y 1013/2008 y en el recurso 905/2008, que los pronunciamientos que ahora se comentan refunden (*vid.* fd 3 de sentencia en recurso 1077/2009, fd 3 de sentencia en recurso de casación 4668/2008, fd 2 de sentencia en recurso 4418/2008, fd 5 de sentencia en recurso 407/2009; y fd 4 de sentencia en recurso 1125/2008).

Debe tenerse en cuenta que en todas las sentencias analizadas, al igual que en las de 11 de febrero de 2009 tantas veces invocadas (especialmente la del recurso 905/2008), se formula voto particular por D. Juan José González Rivas. Dicho magistrado desmenuza el fallo mayoritario y aboga por la existencia de un derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo teniendo presentes los tratados internacionales y la jurisprudencia del TEDH. Resulta particularmente interesante su análisis en los apartados III y IV, que citan el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, y la interpretación auténtica del artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 7^a), de 13 de mayo de-2010

Recurso 31/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. José Luis López-Muñiz Goñi*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 7^a), de 21 de junio de-2010

Recursos 27/2009, 80/2009 y 188/2009

Ponente: *Excmo. Sra. D^a Begoña Fernández Dozagarat*

Los presentes recursos contencioso-administrativos se interponen por nacionales españoles destinados en el Cuartel General del Mando Componente Terrestre de la OTAN en Retamares (Madrid), contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central que desestiman sus reclamaciones del mismo carácter tendentes a obtener autorización a la exención del Impuesto Especial de Hidrocarburos.

Se trata de examinar la legislación aplicable, que incluye especialmente determinados tratados internacionales, en particular y según refiere el fundamento de Derecho segundo de la segunda de las sentencias, el Convenio entre los Estados Parte del Tratado del Atlántico Norte firmado en Londres el 19 de junio de 1951 relativo al Estatuto de las Fuerzas de los Estados Partes, al que España se adhirió en 17 de julio de 1987, el Protocolo sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte firmado en París el 28 de agosto de 1952, y el Acuerdo Complementario entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico Norte relativo a las condiciones para el establecimiento y explotación en territorio español de un Cuartel General Militar Internacional de 28 febrero 2000. Asimismo, y respecto a este último acuerdo, se atiende al Canje de Cartas España/OTAN producido el 13 y 28 de abril de 2000, producido en aplicación del acuerdo Complementario entre el Reino de España y la OTAN cuyo objeto consiste en llevar a efecto las políticas esbozadas en el Acuerdo Complementario.

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

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm, 1091/2009, de 29 de octubre (RJ 2009\7815)

Recurso de casación núm. 783/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro*

Nuevamente en este caso (en el que se acusa al recurrente de un delito de estafa) se hace una reflexión sobre la doble instancia en el ámbito penal a la luz del dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000 en el que se acusó a España de incumplir el art. 14.5 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. Nada nuevo se aporta que no se haya afirmado en la sentencia anterior y también ahora el Tribunal se limita a transcribir sentencias previas que dilucidaron la cuestión (en este caso, la STC 123/2005, de 12 de mayo). Si se hace hueco en esta resolución para recordar lo afirmado en el Pleno no jurisdiccional de Sala del TS de 13 de septiembre de 2000 tras examinar el dictamen mencionado en el sentido de que el actual recurso de casación español permite controlar la racionalidad observada en la determinación de los hechos probados siendo posible una revocación de la

sentencia condenatoria, por lo que se cumple ampliamente con las exigencias mínimas de la doble instancia.

Se afirma también que a los razonamientos previos debe sumarse que el TEDH en los casos Lowenguth y Deperrios, que fueron inadmitidos el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, estimando que según el artículo 2 del Protocolo nº 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y que pueden restringir el alcance de este.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)
núm. 1173/2009, de 17 de noviembre (RJ 2010\1004)**

Recurso de casación núm. 889/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín*

Se trata este caso de un delito contra la salud pública que, aunque sigue la línea de los razonamientos anteriormente expuestos respecto de la cuestión de la doble instancia, incorpora algunos puntos en su Fundamento de Derecho 4º que consideramos conveniente resaltar. El Tribunal afirma que «es cierto que el recurso de casación, en su concepción originario y en sus modificaciones realizadas antes de la vigencia de la Constitución Española, no satisfacía las exigencias del Pacto, ya que se anclaba en un rígido formalismo, que rechazaba cualquier posibilidad de revisión probatoria que no fueses derivada con carácter excepcional del contenido de un documento que evidenciase, sin contradicción alguna, el error en que había incurrido el juzgador de instancia». Ahora, bien, «podemos afirmar tajantemente que éste no es el modelo actual», después de que la Constitución abriera una amplia expectativa a la revisión probatoria.

Se refiere también el Tribunal a la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003 que modifica la LOPJ y la LECr y en la que se anunciaban las vías competenciales para generalizar la doble instancia. Pero las previsiones no se han desarrollado y, aunque existe un proyecto de ley procesal para solucionar la cuestión, ningún avance más se ha hecho al respecto. Y el Tribunal pone de manifiesto esta dejadez del legislador, más rechazable desde que España decidiera ratificar el Protocolo nº 7 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE de 15 de octubre de 2009), vigente para nuestro país desde el 1 de diciembre:

« la implementación de la doble instancia debe ser abordada con urgencia por el legislador» (Fundamento de Derecho 4º, apartado 9)

El Protocolo establece expresamente en su artículo 2 que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior y que el ejercicio de ese derecho debe regularse por ley. España, señala el propio Tribunal, a diferencia de otros países no ha formulado reserva alguna al artículo que le permita mantener su sistema vigente (como sí han hecho Dinamarca, Francia, Alemania, Italia y Holanda). De momento, «en el caso de España, debemos acogernos a la tesis tradicional ya expuesta de que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, es incuestionablemente un Tribunal Superior y que el sistema de la casación constitucionalizada cubre las expectativas de la doble instancia».

Y aunque lo que afirma el Tribunal debe ser tenido por cierto, no debemos dejar pasar la ocasión para reiterar, una vez más, la conveniencia de iniciar las reformas legales necesarias para que lo que hasta hoy es jurisprudencia consolidada se convierta en norma. Evitaremos, sin duda, que los acusados terminen acudiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como último recurso, ahora que la ratificación del Protocolo lo hace aún más factible y que desde allí se nos inste a cumplir de una vez por todas con nuestra obligación de legislar.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1ª) de 14 de abril de 2010 (Jur 2010\142982)

Recurso núm. 83/2009

Ponente: *Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta*

Como hemos afirmado en los últimos años, cada vez son menos frecuentes las resoluciones que versan sobre el derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta⁷ en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, pero todavía es una cuestión que se suele esgrimir, aun cuando la jurisprudencia al respecto está consolidada.

Se trata en este caso de la condena impuesta por dos delitos de abandono de destino previsto en el artículo 119 del Código Penal Militar ante la que se alega vulneración del artículo 24.1 de la Constitución en relación con

⁷ Basta acudir a las sentencias comentadas sobre este aspecto en los últimos años para comprobar que su número se ha visto reducido.

el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del artículo 2.1 del Protocolo número 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la doble instancia.

El Tribunal Supremo se limita a reproducir lo que tanto él como el Constitucional han afirmado en sentencias previas sobre la cuestión. Así, la sentencia de 9 de noviembre de 2001 afirmaba que «el recurso de casación previsto en las Leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966». Es reiterada la doctrina del TC que afirma que la regulación de la casación penal vigente es suficiente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone en este punto la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad aunque también es cierto que se ha recomendado la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal.

Como se afirma, desde la Sentencia del TC nº 70/2002 de 3 de abril, se ha declarado que el Pacto es perfectamente compatible con la revisión en casación de las sentencias condenatorias dictadas en instancia «siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia», y así lo prueba la jurisprudencia del TEDH (arts. 6.1 y 2) y del Protocolo nº 7 del citado Convenio (en, entre otros, el asunto *Krombach c. Francia*). A la vista de estas argumentaciones, el Tribunal inadmite el recurso de casación planteado.

V. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), núm. 611/2009, de 7 de octubre de 2009

Recurso 1168/2006

Ponente: *Excmo. Sr. D. Romás García Varela*

En este recurso de casación, derivado de la emisión en un programa televisivo de imágenes estivales de un Ministro del Gobierno con su pareja y

los hijos de ambos, se encuentra una combinación de referencias al artículo 10.2 de la Constitución Española y a la aplicación de tratados internacionales. Al primer precepto se refiere la argumentación de la parte recurrente que, si bien no es acogida por el tribunal *ad quem* en el sentido invocado, se refiere a la vulneración del artículo 10.2 de la Constitución Española por sentencia de apelación que, revocando la de primera instancia, desestima acción en tutela de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio.

Precisamente sobre la base de dicha interpretación de los derechos fundamentales en cuestión conforme a los tratados internacionales, en el segundo fundamento de derecho se trae a colación la Convención Europea de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 que establece en su artículo 8 que «nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia y su domicilio (...)». En este punto, coincide con el Ministerio Fiscal al señalar que no existe violación de los derechos invocados, pues como señala el TEDH en la interpretación de tal precepto convencional realizada en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2004 (en el caso *Von Hannover vs. Alemania*), al ponderar el conflicto entre los derechos invocados y el derecho a la información:

«el uso de determinados términos para calificar la vida privada de una persona no podía justificarse en el interés público y que por tanto no se había vulnerado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos».

La interpretación del artículo 10 del CEDH conforme a la jurisprudencia del TEDH otorga prevalencia del derecho a la información frente a la propia imagen.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª), de 2 de noviembre de 2009

Recurso 160/2007

Ponente: *Excmo. Sr. D. José Luis Terrero Chacón*

En el presente recurso contencioso-administrativo se encuentra una aplicación evidente y loable del artículo 10.2 de la Constitución Española, por cuanto ante un supuesto de denegación de una beca para cursar Derecho a un

alumno con minusvalía, la Audiencia Nacional estima el recurso y reconoce su derecho a obtenerla al tener en cuenta la Convención de Nueva York sobre personas con discapacidad.

El fallo estimatorio se fundamenta en la garantía de no discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a acceder a la educación superior, que implica en el caso enjuiciado ajustar razonablemente la Orden reguladora de la concesión de becas mediante la exoneración a determinadas personas con discapacidad de las exigencias académicas relativas a una nota media de cinco puntos y un máximo de una asignatura no superada.

Dicho ajuste razonable tiene su apoyo en tratados internacionales recibidos por el ordenamiento jurídico español, como recuerda el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia comentada. En concreto, se traen a colación los artículos 24 y 2 de la mencionada Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

En consecuencia, según refiere en el mismo fundamento jurídico, la vigencia de tales preceptos convencionales «permite a los órganos judiciales, inmediateamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad».

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1ª), de 27 de abril de 2010

Recurso de amparo 1026/2004

Ponente: *Excmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio*

El máximo intérprete de la Constitución se pronuncia en amparo sobre el derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado, en este caso por razón de nacimiento, ambos recogidos en el artículo 14 de la CE en relación con el 39.2. Este derecho fundamental se estima violado por sentencias primero del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Vilafranca del Penedés y posteriormente por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que al interpretar una cláusula testamentaria desestiman su prentensión sucesoria por causa de su filiación adoptiva.

La argumentación de ambas instancias judiciales se había apoyado en la legislación civil aplicable en el momento de otorgar testamento, que otorgaba

diferente tratamiento a los hijos legítimos y adoptivos, pero el TC atiende a dicho derecho fundamental y su contenido e interpretación internacionales para desechar tales afirmaciones. Así en el fundamento de Derecho quinto de la sentencia trae a colación el fallo del TEDH en un supuesto similar (en concreto, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2004, dictada en el asunto Pla y Puncernau c. Andorra).

A la vista de tales precedentes, el TC –con el voto particular de D. Jorge Rodríguez-Zapata– considera que en el supuesto que se le somete a examen las sentencias previas han dispensado a las recurrentes un tratamiento discriminatorio contrario al art. 14 CE, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 39.2 CE, «lo que corrobora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la indicada Sentencia con invocación del art. 14 CEDH, un instrumento internacional, éste, de conformidad con el cual es preciso interpretar los derechos y libertades proclamados por la Constitución (art. 10.2 CE) y, por lo tanto, también el derecho a no ser discriminado por razón de la filiación reconocido en los arts. 14 y 39.2 CE».

VI. EXTRADICIÓN, DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO

Extradición

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 199/2009 de 28 septiembre (RTC 2009\199)

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

Entre las sentencias sobre extradición en el período cubierto destaca la dictada por el Tribunal Constitucional por la que se otorga el amparo parcial al recurrente y, en consecuencia, se declara la nulidad del Auto de la Audiencia Nacional mediante el que se acordaba la entrega a Rumania del recurrente para cumplir una pena de prisión con arreglo a un procedimiento de orden europea de detención y entrega.

En efecto, el demandante, sobre la base de la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000, 91], y 177/2006, de 5 de junio [RTC 2006, 177]) alegaba, en esencia, que el Auto de la Audiencia Nacional vulneraba de forma indirecta el derecho a un proceso con todas las garantías al acceder a la entrega a Rumania para el cumplimiento de

una condena impuesta en su ausencia sin sujetar dicha entrega a la condición de que la persona entregada pueda someterse a la revisión de la condena. El Ministerio Fiscal solicitó también la concesión del amparo sobre la base de este argumento.

En segundo lugar, el demandante alegaba la vulneración del art. 24.1 CE, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por haber incurrido el Auto impugnado en insuficiente motivación. A este respecto, según el recurrente, la Audiencia no motivó con arreglo a derecho el rechazo a sus alegaciones sobre el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en Rumania, habida cuenta de la situación de persecución de la población homosexual existente en dicho país, y de las condiciones de hacinamiento y peligro en las cárceles rumanas, en las que además el recurrente alegaba haber sufrido tratos vejatorios por parte de otros reclusos (Antecedente 3).

La sentencia del Tribunal Constitucional se ocupa, en primer lugar, del segundo argumento del recurrente, el relativo al riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en Rumania caso de ser entregado. Así, el Alto Tribunal rechaza el amparo solicitado por considerar que las alegaciones del recurrente eran genéricas y que éste no había acreditado las mismas con soporte probatorio alguno, ni tampoco había solicitado de la Audiencia que recabara información al respecto de las autoridades rumanas (Fundamento Jurídico 3).

Respecto del segundo argumento del recurrente, la sentencia constata que la Audiencia Nacional accedió a la entrega del recurrente a Rumania sin incluir en el Auto impugnado la condición de que la condena impuesta en su ausencia pudiera ser revisada. El Tribunal constata también que, según la Audiencia Nacional, la sentencia en cuestión no se dictó en puridad en rebeldía puesto que el recurrente había apoderado a un Abogado que compareció en el juicio como su defensor particular. A este respecto, el Tribunal Constitucional difiere del criterio seguido por la Audiencia Nacional de equiparar la representación mediante abogado y la presencia física del imputado en el juicio añadiendo, *inter alia*, que sólo en el segundo caso es posible la autodefensa. El TC añade también que quien ha de ejercer el derecho de defensa en un proceso es el acusado, mientras que la función del abogado defensor se limita a la asistencia técnica en el ejercicio del derecho de defensa de aquel, lo que viene corroborado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Fundamento Jurídico 4). En consecuencia, el TC otorga el amparo parcial y anula el Auto de la Audiencia Nacional objeto del recurso.

Derecho de Asilo y Estatuto del Refugiado

Entre las numerosas sentencias dictadas sobre asilo en el período que nos ocupa, nos limitamos a señalar las más ilustrativas. Entre ellas, destaca esta que recogemos del Tribunal Supremo («TS») de **14 de Junio de 2009 (Recurso de Casación núm. 5584/2006, Ponente: Excmo Sr. Eduardo Calvo Rojas)**. Se desestima un recurso de casación interpuesto por un ciudadano colombiano que alegaba haber sido amenazado en varias ocasiones por la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia («FARC»), en concreto en el año 2000, 2001 y 2003. El TS, de conformidad con el criterio del Ministerio del Interior y la Audiencia Nacional, sostuvo que el hecho de que el recurrente hubiera estado en Argentina y Uruguay en el año 2003, en un contexto pues de supuesta persecución, y no hubiera solicitado asilo en dichos países, pudiendo haberlo hecho, regresando posteriormente a Colombia, restaba credibilidad a sus afirmaciones. Asimismo, el hecho de que el recurrente poseyera un visado válido para EE.UU. desde el 6 de septiembre de 2002, que no ejerció, restaba credibilidad a su relato de persecución (F.D. Quinto). El TS también coincide con la Audiencia Nacional en el limitado valor probatorio de una denuncia interpuesta por el recurrente ante la Fiscalía Colombiana habida cuenta de que el mero relato de unos hechos contenido en una denuncia no permite tener como acreditado las alegaciones que en la misma se formulan. En consecuencia, y tras descartar los defectos de procedimiento alegados por el recurrente, el TS considera que el recurrente no ha acreditado, ni siquiera mediante indicios, la existencia de una persecución merecedora del otorgamiento del derecho de asilo (F.D. Quinto).

Un supuesto bien distinto al anterior es el de la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS de **19 de Octubre de 2009 (Recurso de Casación núm. 5820/2006, Ponente: Excmo Sr. Eduardo Calvo Rojas)**. En este asunto, la Abogacía del Estado solicitaba la casación de una sentencia de la Audiencia Nacional que reconocía el derecho de asilo de un ciudadano de Guinea Ecuatorial que alegaba haber sido objeto de persecución política por parte del gobierno guineano. El recurso fue rechazado y, por tanto, el derecho de asilo del solicitante confirmado.

El solicitante de asilo en este caso había sostenido que la persecución se debía a su condición de hijo del cofundador del partido político no legalizado Fuerza Democrática Republicana (FDR), y por razón de su militancia en la organización de jóvenes del FDR. Cabe mencionar que por sentencias ante-

rios, tanto el padre como el hermano del solicitante de asilo habían obtenido el asilo en España por razones similares. Precisamente, el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado señalaba que el solicitante no había acreditado la existencia de indicios ni elementos de prueba que corroborasen su declaración, y que la sentencia de la Audiencia se había limitado a constatar las alegaciones del solicitante y a reproducir la sentencia dictada en relación con la solicitud de asilo del hermano del solicitante. Pese a lo anterior, el TS rechazó el recurso de la Abogacía del Estado sobre la base de que ante circunstancias familiares y personales coincidentes, la Audiencia Nacional había llegado conforme a derecho a la misma conclusión «estimatoria de la pretensión de asilo».

Otro supuesto sometido a la consideración del Tribunal Supremo, y resuelto por sentencia de **30 Diciembre de 2009 (Recurso de Casación núm. 760/2006, Ponente: Excmo Sr. Jesús Ernesto Peces Morate)** confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que denegaba el derecho de asilo al recurrente por constituir éste un riesgo para la seguridad del Estado español debido a su pertenencia a una organización vinculada con Al Qaeda.

El recurrente solicitaba del Tribunal que casara la sentencia de la Audiencia por haber ignorado ésta, según el recurrente, su derecho de asilo sobre la base de que era objeto de persecución en su país de origen, Túnez, por su pertenencia al «movimiento político» An Nahda. El TS, sin embargo, subrayó, en lo principal, que la cuestión litigiosa no era si el recurrente había acreditado, de conformidad con la Convención de Ginebra y la legislación nacional relevante (Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo), su derecho de asilo, sino la concurrencia de una causa de exclusión de los beneficios previstos por dicha regulación por suponer el recurrente un peligro para la seguridad de España al pertenecer precisamente a la organización An Nahda, como además ya había declarado previamente el TS en su Sentencia de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7460) (F.D. Tercero). En consecuencia, el TS confirmó la sentencia de la Audiencia Nacional que rechaza el derecho de asilo solicitado por el recurrente.

Ya en el presente año, por sentencia de **15 de enero de 2010 (Recurso contencioso-administrativo núm. 1294/2007, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Sánchez Díaz)** la Audiencia Nacional («AN») resolvió un asunto en cierta medida similar al anterior en el mismo sentido. El solicitante de asilo en este caso, y recurrente ante la AN, había sido General del ejército iraquí durante el régimen de Saddam Hussein, y tras la caída de dicho régimen en 2003 alegaba vivir escondido por la persecución que sufría de

parte de la población chiítas por razón de su condición de ex miembro del ejército de alto rango. No obstante, la Audiencia constató que el solicitante, que había sido miembro del Estado Mayor y oficial político de mayor rango durante un periodo en el que el gobierno iraquí utilizó armas químicas prohibidas por el derecho internacional y ordenó matanzas de shiítas y kurdos, no podía beneficiarse del derecho de asilo por estar incurso en la causa de exclusión prevista en el artículo 1.f.a) de la Convención de Ginebra de 1951, esto es, por haber cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad. Esta conclusión venía amparada por un informe del ACNUR sobre el recurrente, informe que concluía que no procedía la devolución del recurrente a su país de origen u a otro en que exista riesgo de sufrir tortura, malos tratos o riesgo de perder su vida, lo que también concluye la sentencia de la Audiencia.

Un supuesto de concesión de asilo por razones humanitarias, y no de persecución, en este caso en relación con la situación que se vive en Afganistán, fue resuelto por la Audiencia Nacional por sentencia de 16 de julio de 2010 (**Recurso contencioso-administrativo núm. 205/2009, Ponente: Excmo Sr. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández**). El recurrente en este asunto había solicitado el reconocimiento de su derecho de asilo sobre la base de unas circunstancias ocurridas en Afganistán, en parte provocadas por la situación convulsa actual en aquel país, y en parte por la quema presuntamente fortuita de una mezquita por parte del solicitante y de su hermano, que habían resultado en su busca y captura por parte de las autoridades afganas.

La sentencia, tras concluir no obstante que el recurrente no cumplía los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho de asilo, analizó si concurrían en este caso razones humanitarias o de interés público –con arreglo al artículo 17.2 de la Ley 5/1984, la Ley de asilo– susceptibles de permitir la permanencia del recurrente en España. La sentencia concluye que así es sobre la base del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, habida cuenta de que el retorno al país de origen del recurrente, en las condiciones actuales de «extremismo religioso exacerbado, conflictos permanentes entre clanes, [y] ocupación militar», situarían al mismo ante una situación real de peligro incompatible con el disfrute de los derechos inherentes a la persona. En consecuencia, el recurrente tiene derecho a permanecer en España por razones humanitarias.

Por último, cabe mencionar la sentencia **Sentencia de 24 de Febrero de 2010 (Recurso de Casación núm. 429/2007, Ponente: Excmo Sr. Je-**

sús Ernesto Peces Morate) por la que se confirma la condición de refugiado sobrevenido o refugiado *sur place* de un ciudadano marroquí que, tras la presentación de su solicitud de asilo, manifestó su descontento con la situación en las fuerzas armadas marroquíes en la prensa francesa, y trabajó como espía para los servicios de inteligencia españoles con la finalidad, según reza la sentencia, de desestabilizar el régimen marroquí.

La Sentencia del TS en cuestión trae causa de un recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que declaraba el derecho de asilo del recurrente en aquella instancia, derecho que había sido denegado por una Resolución del Ministerio del Interior en la que se alegaba que si bien el solicitante de asilo podía temer represalias en caso de retornar a Marruecos, esas represalias estarían causadas por la acción del solicitante fuera de su país, por sus actuaciones en el exterior, y por la manipulación que las autoridades marroquíes habrían hecho de la información relativa al recurrente y de la solicitud de asilo por éste presentada en España. La Resolución del Ministerio del Interior concluía que, a la luz de lo anterior, que el solicitante de asilo debía ser protegido frente a su eventual retorno a Marruecos pero que dicha protección no era la que se derivaba del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951. En su recurso, la Abogacía del Estado alegaba además que la situación del solicitante de asilo había sido provocada por él mismo al haber desertado del ejército marroquí, lo que a su vez había ocasionado las noticias de prensa aparecidas después de su salida de Marruecos. En consecuencia, el solicitante debía someterse a las reglas de Marruecos y asumir las consecuencias de la situación ilícita provocada por su desertación, criterio que estaría reconocido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados («ACNUR»).

El TS rechazó el argumento de la Abogacía del Estado al constatar que el demandante albergaba un temor fundado de sufrir persecución por sus opiniones políticas y de haber trabajado como espía para los servicios de inteligencia españoles con la finalidad de desestabilizar el régimen marroquí. Además, el TS constató, de conformidad con el criterio del ACNUR, que la Convención de Ginebra protege tanto al que huye debido al temor fundado de ser perseguido como al que, encontrándose en el extranjero, deviene refugiado porque de retornar a su país sería perseguido por las actividades desarrolladas en el extranjero (refugiado sobrevenido o *sur place*). (F.D. Primero)

Además, el TS constató que lo relevante en los casos de asilo es la percepción del perseguidor, en este caso Marruecos, que podría considerar al perse-

guido como un opositor político, así como la percepción del perseguido, que alberga un temor fundado a ser represaliado. (F.D. Primero) En consecuencia, el TS confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que reconoce el derecho de asilo del ciudadano marroquí en cuestión.

Apátridas

Entre las sentencias dictadas sobre la condición de apátrida cabe destacar la de **21 de Septiembre de 2009 (Recurso contencioso-administrativo núm. 1108/2007, Ponente: Excma. Sra. Ana Isabel Gómez García)**.

En lo esencial, el solicitante de dicho Estatuto y recurrente ante la Audiencia Nacional, alegaba que (i) tras la desintegración de la Unión Soviética, en 1991, su padre del recurrente había optado por la nacionalidad rusa y su madre por la nacionalidad moldava, (ii) su familia residió primero Moldavia, donde nació el recurrente, y (iii) posteriormente en la Federación Rusa, donde el recurrente cursó sus estudios y comenzó su actividad laboral, y donde obtuvo la residencia y un pasaporte con el que pudo viajar a España. Por último alegaba que (iv) pese a lo anterior y a pesar de haberlo intentado en varias ocasiones, no había conseguido que la Federación Rusa lo reconociera como ciudadano.

Por su parte, la Abogacía del Estado sostenía que, sobre la base de la legislación rusa, legislación relevante para el reconocimiento del Estatuto de apátrida en este caso, el solicitante pudo haber obtenido la ciudadanía rusa, y que no había acreditado la imposibilidad para optar a dicha nacionalidad. A este respecto, la sentencia reconoce que «desde un punto de vista jurídico, apátrida es aquella persona que no puede ser nacional de otro Estado conforme a su legislación. Ello supone que quien solicite dicho estatuto ha de probar que reúne tal requisito» (fundamento de derecho segundo). Frente a lo anterior, la Audiencia constató que «con independencia de la interpretación que pueda hacerse de la legislación rusa sobre el régimen de nacionalidad, en el presente caso está acreditado que al recurrente no se le ha reconocido por la Federación Rusa la nacionalidad rusa, a la que cree tener derecho, y que hay indicios suficientes que acreditan que ha intentado ese reconocimiento [...] Asimismo, se acredita que no está en condiciones de obtener la nacionalidad moldava, que tienen su madre y hermano menor» (fundamento de derecho

quinto). En consecuencia, la Audiencia declara el derecho del recurrente a que le sea reconocida la condición de apátrida.

La Audiencia Nacional ha debido asimismo resolver sobre hechos relativamente similares en relación con la situación de los refugiados saharauis en Argelia. Las sentencias de la Audiencia pertenecientes a este grupo declaran haber lugar a los recursos interpuestos por ciudadanos provenientes de campos de refugiados saharauis en Argelia, contra resoluciones del Ministerio del Interior por las que se les denegaba el estatuto de apátrida sobre la base de una jurisprudencia reciente pero plenamente consolidada del Tribunal Supremo. La sentencia que se comenta a continuación es la dictada el **18 de noviembre de 2009 (Recurso contencioso-administrativo núm. 706/2008, Ponente: Excmo Sr. José Luis Gil Ibáñez)**.

La Resolución del Ministerio del Interior en este caso denegaba el reconocimiento del estatuto de apátrida al solicitante sobre la base de que Argelia ya proporciona protección a los refugiados saharauis.

A este respecto, la sentencia, sobre la base de pronunciamientos recientes del TS sobre cuestiones sustancialmente iguales, y en particular las sentencias de 19 de diciembre de 2008, 20 de noviembre de 2007, 18 de julio de 2008 y 30 de octubre de 2009, constata que el TS ha negado que tal protección suponga el reconocimiento de la nacionalidad.

En consecuencia, la sentencia estima el recurso y reconoce al recurrente la condición de apátrida.

En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de la Audiencia Nacional de **16 de diciembre de 2009 (Recurso contencioso-administrativo núm. 592/2008, Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández)** y **25 de junio de 2010 (Recurso contencioso-administrativo núm. 901/2008, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Sánchez Díaz)**.

En dichas sentencias, la Abogacía del Estado, sobre la base de las resoluciones del Ministerio del Interior exponían dos razones para el rechazo de la consideración de refugiado, a saber : (i) que el solicitante ya recibía protección de Argelia, país que concede pasaportes a los saharauis, supuesto de la sentencia comentada *supra*, y (ii) que el solicitante recibía protección, como saharauí, por un organismo de la ONU, MINURSO (Misión de Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sahara Occidental). En ambas, y sobre la base de la jurisprudencia del TS invocada, la Audiencia Nacional llega a la misma conclusión: la concesión del estatuto de apátrida a los ciudadanos provenientes de los campos de refugiados saharauis en Argelia.

VII. OTRAS SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 31/2010, de 28 de junio, RTC 31\2010

Recurso de inconstitucionalidad núm. 8045/2006

Ponente: *Excma. Sr. Dña. María Emilia Casas Baamonde*

La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña presenta aspectos sobre la relación del Derecho interno con el Derecho Internacional que merecen ser destacados.

Los recurrentes impugnaron los artículos del capítulo III, «Acción exterior de la Generalitat», del título V del Estatuto sobre la base de la jurisprudencia constitucional relativa a la actividad de proyección exterior que pueden llevar a cabo las Comunidades Autónomas así como sobre el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales. Lo anterior motivó que el Tribunal Constitucional resumiese su jurisprudencia al respecto en los siguientes términos (Fundamento Jurídico 125):

«a) Las Comunidades Autónomas, como parte del ejercicio de sus competencias, puedan llevar a cabo actividades con proyección exterior, si bien con el límite de las reservas que la Constitución efectúa a favor del Estado y, en particular, de la reserva prevista en el art. 149.1.3 CE, que le confiere competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

b) En la delimitación del alcance de la competencia exclusiva estatal del art. 149.1.3 CE es preciso tener en cuenta que no cabe identificar la materia relaciones internacionales con todo tipo de actividad con alcance o proyección exterior, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque en todo caso han de quedar fuera de la actividad con proyección exterior de las Comunidades Autónomas las actuaciones comprendidas en el referido título competencial.

c) Sin pretender una descripción exhaustiva de la reserva a favor del Estado del art. 149.1.3 CE, este Tribunal ha identificado como algunos de los elementos esenciales que conforman su contenido los relativos a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado; en otras palabras, las relaciones internacionales objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional, lo que supone, necesi-

riamente, que las actividades con proyección exterior que pueden llevar a cabo las Comunidades Autónomas deben entenderse limitadas a aquellas que no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a los poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales.

Y, en fin, d) dentro de la competencia estatal se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las Comunidades Autónomas, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que corresponde en exclusiva al Estado (STC 165/1994, de 26 de mayo [RTC 1994, 165], FF. 5 y 6)».

A continuación, la sentencia del Alto Tribunal se ocupa de cada uno de los preceptos del citado Estatuto impugnados por los recurrentes. El primero de ellos, el Artículo 195 establece que «[l]a Generalitat, para la promoción de los intereses de Cataluña, puede suscribir acuerdos de colaboración en el ámbito de sus competencias. A tal fin, los órganos de representación exterior del Estado prestarán el apoyo necesario a las iniciativas de la Generalitat». Los recurrentes consideraban que el precepto sería constitucional si se aclarase que el mismo no afecta al *ius contrahendi* que corresponde al Estado. La sentencia subraya que el precepto se limita a las competencias de las que dispone la Generalitat, no el Estado, por lo que no cabe considerar que el mismo se extralimite, sin necesidad de dejar claro que no se afecta el *ius contrahendi* del Estado (Fundamento Jurídico 125):.

El segundo de los preceptos impugnados, el Artículo 198 del Estatuto en cuestión establece que «La Generalitat debe participar en los organismos internacionales competentes en materias de interés relevante para Cataluña, especialmente la UNESCO y otros organismos de carácter cultural, en la forma que establezca la normativa correspondiente». En opinión de los recurrentes la amplitud de este precepto llevaba aparejada la consideración de Cataluña como sujeto de Derecho Internacional, lo que sería contrario a la Constitución.

El Alto Tribunal, sin embargo, considera que no deducir la atribución a la Generalitat de la condición de sujeto de Derecho Internacional del contenido de dicho artículo, circunscrito especialmente además a organizaciones internacionales de carácter cultural y a la normativa correspondiente, tanto internacional como interna. Por otro lado, el Tribunal Constitucional recuer-

da que la condición de sujeto de Derecho internacional cualidad no puede ser predicada de los entes territoriales dotados de autonomía política de conformidad con el art. 149.1.3 CE y su jurisprudencia (STC 165/1994, de 26 de mayo [RTC 1994, 165], F. 5).

En tercer lugar, los recurrentes impugnaron el art. 199 del Estatuto, el cual establece que «la Generalitat debe impulsar y coordinar, en el ámbito de sus competencias, las acciones exteriores de los entes locales y de los organismos y otros entes públicos de Cataluña, sin perjuicio de la autonomía que tengan» sobre la base de que vulneraba la autonomía local. El Tribunal rechazó esta interpretación sobre la base de la literalidad del propio precepto que salvaguarda la autonomía de los entes locales.

Por último, los recurrentes impugnaron el último inciso del art. 200 del Estatuto, que prevé que «La Generalitat debe promover la proyección internacional de las organizaciones sociales, culturales y deportivas de Cataluña y, si procede, su afiliación a las entidades afines de ámbito internacional, en el marco del cumplimiento de sus objetivos». En opinión de los recurrentes el último inciso, como sucedía en relación con el art. 198 mencionado *supra*, ampararía la condición de sujeto de Derecho Internacional de una Comunidad Autónoma.

A este respecto, la sentencia recuerda que el precepto impugnado señala que la facultad prevista por el último inciso del artículo en cuestión (la de promover la afiliación de las organizaciones sociales, culturales y deportivas de Cataluña a las entidades afines de ámbito internacional) sólo sería aplicable «si procede» «expresión indicativa de que aquella acción está supeditada a lo que se disponga tanto en la normativa reguladora de las entidades de ámbito internacional respecto a las que se persigue la afiliación como a la que dicte el Estado en el ejercicio de la competencia que le reserva el art. 149.1.3 CE». En consecuencia, a la luz de dicho precepto y de la jurisprudencia constitucional que lo interpreta también mencionada el Alto Tribunal rechaza que quepa interpretar que el mismo ampara la condición de una Comunidad Autónoma como sujeto de Derecho internacional.