

CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA (ENERO-JUNIO 2012)*

Coordinador: Juan Santos Vara¹

**Redactores: Javier Laso Pérez²; Asier Garrido Muñoz³ y
Juan Santos Vara**

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

I. INTRODUCCIÓN

Esta crónica incluye la jurisprudencia de los cinco primeros meses del año 2012, así como algunas resoluciones judiciales de los últimos meses del año 2011. Es preciso advertir al lector que la gran mayoría de los pronunciamientos judiciales correspondientes a la segunda mitad del año 2011 fueron incluidos en la crónica publicada en el número anterior de la Revista. Se ha pretendido en los dos últimos números de la Revista ofrecer una visión actualizada de los principales pronunciamientos judiciales de los jueces y tribunales españoles en la fecha de cierre de cada número. En todo caso, no es posible llevar a cabo una presentación completamente exhaustiva de la jurisprudencia relativa a la aplicación judicial del Derecho internacional público en nuestro país, ya que las normas de nuestra disciplina están generalmente presentes en la labor de los órganos jurisdiccionales españoles. En la elaboración de la presente crónica se ha seguido el esquema que ya viene siendo habitual en los últimos años. A continuación, se realiza una breve presentación de las principales resoluciones judiciales incluidas en la presente crónica.

El derecho de los tratados constituye evidentemente uno de los núcleos más importantes de la crónica. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2011 se

* La presente crónica se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación “10-ECRP-028: International law through the national prism: the impact of judicial dialogue”.

¹ Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca.

² Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca.

³ Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca

refiere a los deberes de la administración con respecto a la obligación de conocer la vigencia de los tratados internacionales y a los problemas que plantea la aplicación de un acuerdo mixto, en el que participan la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y un tercer Estado, en el cual las partes se remiten expresamente a la aplicación de disposiciones adoptadas dentro del marco de la UE. En la Sentencia del de 18 de octubre de 2011, el Tribunal Supremo determinó la ausencia de responsabilidad de la administración por la adopción del Acuerdo de *Arcachon*. Al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la representación internacional en el ámbito deportivo se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 80/2012, de 18 de abril.

La entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad ha tenido relevantes consecuencias normativas en el ordenamiento jurídico español, aunque todavía está pendiente en algunos ámbitos la adaptación a las exigencias de este acuerdo. La Convención adopta el modelo social de la discapacidad que concibe las barreras que se derivan de la discapacidad como la consecuencia de la falta de respuesta de la sociedad para responder a las necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad. Los jueces y tribunales de nuestro país están integrando en su razonamiento los principios y normas recogidas en este importante instrumento jurídico, de lo constituye una buena muestra las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de diciembre de 2011 y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 9 de febrero de 2012.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el artículo 23.4 de la LOPJ, se han archivado la gran mayoría de los casos abiertos en nuestro país sobre la base del principio de jurisdicción universal. Mediante el Auto de 23 de marzo de 2012, la Audiencia Nacional ha confirmado la inadmisión a trámite de la querrela interpuesta contra varios asesores del Presidente Bush por presuntos delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado. El sobreseimiento del caso Guantánamo, del que se ocupaba el Juzgado de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, viene a sumarse a la lista de casos que se han archivado en los últimos años, y a los que nos hemos referido en las crónicas anteriores. Afortunadamente, el caso Guantánamo no está completamente muerto. El Juez Ruz, Titular del Juzgado Central de Instrucción n° 5, decidió a principios del año 2012 reactivar la causa relativa a las supuestas torturas y crímenes de guerra de las que habrían sido víctimas cuatro personas de nacionalidad española o con vínculos de conexión estrecha con España durante su reclusión en la cárcel de Guantánamo (Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 5, de 13 de enero de 2012).

Como ya viene siendo habitual en esta crónica, se presta especial atención a los derechos humanos. Más allá de la controversia política y social suscitada por la condena del Juez Garzón, lo cierto es que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012 se apoya en no pocas decisiones de órganos encargados de la supervisión del cumplimiento por los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 2012 es un buen ejemplo de la aplicación constante en nuestro país de los instrumentos internacionales de protección

de los derechos humanos a través del cauce interpretativo del artículo 10.2 de nuestra Constitución.

En el apartado dedicado a los derechos humanos hemos reseñado también la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, en la que se juzgó al Juez Garzón por declararse competente para investigar los crímenes del franquismo. Esta sentencia presenta un gran interés desde la perspectiva del Derecho internacional. Si bien en la limitada extensión de esta crónica no es posible llevar a cabo un análisis minucioso de la misma, se examinan, entre otras cuestiones, el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo en relación con la aplicación directa del derecho internacional consuetudinario, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y la Ley de Amnistía.

La sección dedicada a los derechos humanos se completa con la inclusión de un grupo de sentencias que, si bien no son novedosas, continúan líneas jurisprudenciales que presentan un gran interés, y a las que nos hemos referido en crónicas anteriores. En este conjunto de sentencias se utiliza el cauce interpretativo del artículo 10. 2 de la Constitución para interpretar los derechos y las libertades contempladas en nuestra norma fundamental a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2012 acoge la conocida jurisprudencia del TEDH sobre la relación entre el ruido excesivo y el derecho a la vida privada y familiar. En la Sentencia de 29 de marzo de 2012, el Tribunal Constitucional acude a la jurisprudencia del TEDH a la hora de determinar la constitucionalidad de la conocida "Doctrina Parot". En las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 6 de marzo de 2012 se mantiene la jurisprudencia relativa a la doble instancia penal.

II. DERECHO DE LOS TRATADOS

1. Prueba de la vigencia de un Tratado internacional a cargo de la administración

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª) de 30 de noviembre de 2011. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Ortega Martín, RJ\2011\429130.F.: *Aranzadi (Westlaw)*

En este asunto se resuelve un recurso contencioso- administrativo interpuesto frente a la denegación por parte de la Administración de la solicitud del reconocimiento de título universitario. En concreto, en la Sentencia se desestima el recurso contencioso administrativo formalizado contra la Orden ministerial, de 2 de junio de 2010, por la que se decidía no reconocer un título de enseñanza superior expedido por una Universidad suiza, la "École Polytechnique Fédérale de Lausanne", a efectos del ejercicio en España de la profesión de arquitecto. La solicitud se apoyaba en la aplicación del Acuerdo internacional sobre Circulación de Personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza por otra, de reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales (BOE de 21 de junio de

2002), modificado por Decisión 1/2004, del Comité Mixto UE-Suiza de 30 de abril de 2004. Como se sabe, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las condiciones de homologación de diplomas universitarios, sobre la base de tratados de carácter bilateral, en los que están implicados habitualmente acuerdos con países latinoamericanos, sometiendo al cumplimiento de requisitos que impiden su aplicabilidad directa⁴.

Este asunto plantea dos aspectos específicos, al margen de su diferencia respecto de las partes: por una parte, se refiere a los deberes de la administración con respecto a la obligación de conocer la vigencia de los tratados internacionales. Por otra parte, muestra en un ámbito concreto los problemas que plantea la aplicación de un acuerdo mixto, en el que participan la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y un tercer Estado, en el cual las partes se remiten expresamente a la aplicación de disposiciones adoptadas dentro del marco de la UE.

La primera cuestión afecta a la determinación de la vigencia del acuerdo, que debía producirse en el momento en el que se solicitó el reconocimiento del título. La denegación de la petición tuvo lugar, por parte de la administración, argumentando que el tratado no se encontraba vigente. En efecto, la resolución recurrida denegó la solicitud argumentando, según recoge el Tribunal en el fundamento de derecho segundo, que el “Acuerdo expiró, sin que se haya procedido a la firma de otro nuevo o tan siquiera a la prórroga del anterior”. El Tribunal señaló, con respecto a esta cuestión, que “ninguna mención explícita alberga la resolución impugnada sobre las razones de ciencia por las que la Administración considera producida aquella expiración. Simplemente afirma dicho acaecimiento (...) No encontramos tampoco en el expediente administrativo mayores razones sobre las circunstancias concurrentes (...) Existe tan sólo en él una nota informativa (...) en la que literalmente se indica que “no se tiene conocimiento formal de que se haya procedido a la firma del nuevo acuerdo o a la prórroga del anterior” (FJ 4).

En estas circunstancias, se examinó el art. 25 del Acuerdo, en la cual se regulaba su periodo de vigencia, según la cual se celebraba por un periodo inicial de 7 años, si bien se permitía la “reconducción” por una duración indeterminada, salvo que la Comunidad Europea o Suiza notificasen lo contrario a la otra parte contratante antes de la expiración del periodo inicial. Como señala el tribunal, la vigencia dependería de la inexistencia de una notificación en contra,

“pero esa acreditación de un hecho negativo, como el que se indica, no puede recaer sobre la parte recurrente, y menos cuando la regla de la facilidad probatoria y o el propio principio de legalidad de la actuación administrativo naturalmente conducen a que sea la propia Administración la que deba conocer la vigencia o falta de vigencia de las normas que aplica, aportando para ello al ciudadano las pertinentes razones de hecho o de derecho que sustentan su conclusión” (FJ 4).

⁴Vid. por ej. *REEI*, nº 12, 2006; *REDI*, Vol. XLVIII, 1996, núm. 1, p. 203.

Por otra parte, una vez corregido el error de la administración con respecto a la vigencia del Tratado, cuyo mantenimiento dependió de la celebración de un referéndum en Suiza, se planteó una dificultad añadida debido a que el acuerdo se remitía en su art. 9, con respecto a la libre circulación de personas, a su Anexo III y de acuerdo con él a la posterior adopción de medidas necesarias; en definitiva, a la aplicación de actos jurídicos de la UE y en este caso a la Directiva 85/384/ del Consejo de 10 de junio de 1985, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la agricultura; que había sido derogada por otra posterior a la que no se refería el Anexo (Directiva 36/2005), pendiente de actualización por parte del Comité Mixto del acuerdo. En última instancia, a pesar de que la Sentencia reconoce que se aportaron correos electrónicos en los cuales órganos de la Comisión mantenían que la directiva anterior sería todavía aplicable en el ámbito internacional (algo difícil de encajar desde el punto de vista jurídico), el Tribunal señaló que esta circunstancia le impedía la estimación del recurso.

J. Laso

2. Inexistencia de responsabilidad de la administración por la adopción del Acuerdo de Archaron

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 18 de octubre de 2011. Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez –Vares García, RJ\2012\1216.F.: *Aranzadi (Westlaw)*

En este asunto los armadores recurrentes interpusieron un recurso de casación frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 11 de julio de 2007, pronunciada en el recurso contencioso administrativo que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada contra la resolución desestimatoria por silencio y posteriormente expresa (1 de julio de 2005), por la firma del acuerdo de Arcachon entre España y Francia en 1992. El Acuerdo de Archaron -adoptado en 1992 y renovado en 2002- regula la pesca de la anchoa en el Golfo de Vizcaya entre España y Francia, en la zona denominada CIEM VIII; el Acta de Adhesión de España atribuyó el 90 por ciento de las cuotas a España, en un área en la cual históricamente no habían faenado los pescadores franceses, mientras que sucesivos reglamentos pesqueros repartían el contingente total de capturas entre ambos Estados.

La validez del Acuerdo de Archaron se afirmó en la sentencia de 3 de junio de 2009, recurso de casación núm. 4130/2007); en este momento, el Tribunal destaca que “cuanto allí expusimos tiene íntima relación con la cuestión debatida, aun cuando la pretensión en uno y en otro caso, sea bien distinta” (FJ 5); es decir, reitera en buena medida los motivos de la anterior decisión aunque insertándolos dentro del diverso objeto de que se ocupa en este asunto⁵.

⁵*Vid.*, Nota *REDI*, vol. LXII, 2010, núm. 1, p. 168.

La sentencia rechaza el recurso porque no se había acreditado daño (no habría lesión) y tampoco relación de causalidad entre la firma del Tratado de Archaron y el supuesto daño alegado⁶, que los reclamantes consideraban que se produjo a través de la cesión de contingentes, en oposición a las disposiciones del Acta de Adhesión y sin respetar el derecho derivado.

El Tribunal, en primer lugar, niega la lesión en el derecho de desarrollo de la actividad pesquera por parte de los armadores reclamantes (FJ 6) y, de igual forma, rechaza el daño alegado, para el que se exige, de conformidad con los requisitos que establece para su reconocimiento el artículo 139. 2 de la Ley 30/1992, cumplir que habría de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o un grupo de personas (FJ. 7)

Desde un punto de vista de los requisitos necesarios para que exigir responsabilidad en el marco de la adopción de un Tratado internacional, puede destacarse que el Tribunal tuvo en cuenta, en el momento de rechazar esta posibilidad, que el Gobierno había actuado en función del interés general, ponderando los beneficios que obtendría con la cesión de parte de contingente con otras ventajas. De esta forma, concluye que

“los recurrentes tienen el deber jurídico de soportar las consecuencias, que no lesión, que experimenten en sus bienes y derechos siempre que aquella sea fruto o resultado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, artículo 141.1 de la Ley 30/1992, que derivaron del Acuerdo de Archaron, que, como sabemos, supuso una evidente mejora de las condiciones en que se desarrolló a partir de su firma la actividad pesquera en la Zona (FJ6)

Por último, el Tribunal distingue este razonamiento de las decisiones en las cuales el Estado legislador defraudó la confianza legítima, “que aquí se esgrimió sin éxito, en tanto que no concurrían conductas de la administración que pudieran defraudar esa confianza” (FJ 6, in fine), esto es, distinguiendo las circunstancias de este asunto de la responsabilidad que se declaró en las sentencias de la misma Sala de 5 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1644) y 27 de junio de 1994 (RJ 1994, 4981), en donde aceptó esta responsabilidad debido a que para sostener la actividad pesquera la administración había dado lugar al reconocimiento de importantes beneficios a los armadores nacionales y había influido en sus expectativas.

J. Laso

⁶*Vid.*, Dictamen del Consejo de Estado, 424/2005, de 16 de junio de 2005, Expediente relativo a la reclamación de daños y perjuicios formulada por la cofradía de Pescadores de Vizcaya y Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa así como por determinadas Comunidades de Bienes Titulares de Embarcaciones

3. Efectos de la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 15 de diciembre de 2011. Ponente: Illma. Sra. Nuria Bassols Mutanda, RJ\2012\2765.F.: *Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), de 9 de febrero de 2012. Presidente: Don Eugenio Santiago Dobarro Ramos, RJ\2012\156114.F.: *Aranzadi (Westlaw)*

La entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad ha tenido relevantes consecuencias normativas en el ordenamiento jurídico español, aunque todavía está pendiente en algunos ámbitos la adaptación a las exigencias de este acuerdo. La Convención se basa en el reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad y en la aplicación de una concepción social de la discapacidad, en la que se trata de eliminar los obstáculos, de variada naturaleza, que dificultan la participación en condiciones de igualdad de este colectivo en el conjunto de las actividades sociales.

La transformación legislativa se ve reforzada por la actividad de los órganos jurisdiccionales, como aparece reseñado en otras crónicas⁷, que interpretan la normativa interna de conformidad con las obligaciones derivada del acuerdo e introducen en su argumentación los principios y normas recogidas en este tratado. Entre las consecuencias normativas que se derivan de este Convenio en el ordenamiento interno español resulta especialmente significativa la aplicación del art. 12 de la Convención, que se refiere en términos genéricos al igual reconocimiento ante la ley, sin que se distinga entre capacidad jurídica y de obrar. Esta norma descansa en un sistema de apoyo en la toma de decisiones, con profundas consecuencias con respecto a la tradicional figura de la incapacitación y la sustitución de la capacidad jurídica. Esta disposición requiere la adopción de reformas legislativas, si bien, como se aprecia en los pronunciamientos que se comentan los órganos jurisdiccionales aplican esta disposición adaptando las instituciones existentes en el ordenamiento español.

Las decisiones de los órganos jurisdiccionales, como muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de 9 de febrero de 2012, sitúan a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en un lugar preferente de sus razonamientos. En esta Sentencia la Audiencia aceptó la decisión del Juzgado de Primera Instancia, que revocaba la decisión de suspensión de la patria potestad adoptada por la Dirección General de Protección del Menor y la Familia, argumentando que es principio recogido para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad, por la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, firmada y ratificada por España con efectos de 3 de mayo de 2008, que “los niños y las niñas con discapacidad tendrán desde el nacimiento derecho en

⁷ Vid., Crónica *REEI*, nº 21, 2011, p. 11

la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos, que debe prestarse la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de las responsabilidades en la crianza de los hijos” (FJ 3).

La aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de personas con discapacidad, en otros asuntos, sin encontrarse entre los elementos fundamentales del razonamiento de los órganos jurisdiccionales, refuerza el amplio y diverso conjunto de normas que inciden en los derechos de las personas con discapacidad. Así se muestra en la Sentencia de 15 de diciembre de 2011, donde el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en un asunto en el que confirma la interpretación previa de la Audiencia Provincial de Barcelona y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Manresa, favorece que los órganos jurisdiccionales puedan obligar a las Comunidades de propietarios -en el supuesto de que no se haya conseguido suficiente mayoría en la Junta de vecinos- a suprimir las barreras arquitectónicas, previa solicitud no sólo de los propietarios en sentido estricto sino también de los titulares de locales de negocios. El art. 553-25 del “Codi Civil de Catalunya” regula esta facultad previa solicitud de los “propietarios con discapacidad física o las personas con las que conviven (“els propietaris amb discapacitat física o les persones amb que vonviuen”), sin que de forma explícita en la norma se clarificase la situación de los propietarios de locales de negocios; y en este asunto en concreto obliga a la Comunidad a instalar ascensores no sólo cuando eran necesarios para los propietarios con discapacidad o las personas con las que conviven sino también los propietarios de los locales de negocios que requieran para el ejercicio de su profesión.

La interpretación amplia de la norma interna descansa en el razonamiento del Tribunal Superior en una interpretación sistemática de diversas disposiciones, tanto de carácter constitucional (art. 9.2; art. 49, art. 35), como de diversos instrumentos internacionales, entre los que enuncia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales; y, por lo que ahora interesa, de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con discapacidad (FJ 5). En definitiva, este instrumento sirve para confirmar una interpretación favorable de la norma en una materia en la cual todavía no existe un pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo.

J. Laso

4. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Política exterior y representación deportiva

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 80/2012, de 18 de abril.

En este asunto se clarifica el alcance de la representación internacional de las federaciones deportivas autonómicas, en un ámbito de marcada conflictividad política y transcendencia mediática. La Sentencia de 18 de abril tenía por objeto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno el 25 de septiembre de 1988 (como puede apreciarse, objeto de una tramitación prolongada) contra la frase

primera del artículo 16. 6. de la Ley del Parlamento Vasco 14/1988, de 11 de junio del Deporte, según la cual “la federación vasca de cada modalidad deportiva será la única representante del deporte federado vasco en el ámbito estatal e internacional”⁸.

El TC centra el objeto del recurso en las dudas que plantea la atribución en exclusividad a las federaciones vascas de la representación del deporte federativo vasco en el ámbito internacional. En la interposición del recurso se mantenía que esta disposición “desconoce que la representación del deporte federado en las competiciones deportivas internacionales corresponde a las federaciones deportivas españolas” (Antecedentes, 1).

En su Sentencia el TC encuadra esta cuestión dentro del marco de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas. En concreto, analiza la competencia del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE), considerando que no se encontraría dentro de la materia relativa a “representación internacional” en el ámbito deportivo, debido a que las estructuras deportivas internacionales tienen carácter privado; “ni la participación en competiciones oficiales supone la asunción de compromisos u obligaciones internacionales de ningún tipo”.

Por otra parte, tampoco afecta según declara el TC a la competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura (art. 149.2 CE, “ya que se refiere única y exclusivamente a una cuestión organizativa o estructural de la práctica del deporte (en relación a la representación internacional de una modalidad deportiva).

En definitiva, el TC entiende que el encuadre de esta actividad se realiza exclusivamente en la materia específica del deporte (FJ 7) y define los límites que tienen que respetar este título; en particular, la incidencia de la dimensión exterior del deporte en la acción exterior del Estado español “puesto que la representación internacional de deporte federado español puede considerarse como una cuestión de interés general, relacionada con la imagen exterior que se proyecta”.

La aplicación de estos límites externos a la competencia exclusiva autonómica en materia de deporte implica que “las cuestiones que se incluyan en la representación internacional del deporte federado en su conjunto, como la organización o participación en competiciones internacionales oficiales o la conformación de selecciones españolas no pertenecen al ámbito de las Comunidades Autónomas.

Aun así, el TC considera que la lectura del artículo recurrido permite una lectura conforme a la constitución (a la que se opone el voto particular del Magistrado Manuel Aragón Reyes, a l que se adhiere el Magistrado Javier Delgado, por ir más allá de los límites de la interpretación de conformidad), que permitiría al deporte federativo vasco la exclusividad en la representación internacional del deporte federado vasco, en los supuestos en los que estas federaciones no tengan correspondencia con una española (no se vería afectado el interés nacional ni se afecta al deporte federado en su conjunto), y

⁸ Vid. asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, con nota en la *REDI*, vol. LXIII, 2011, núm. 2, p. 203 y ss,

podrían participar directamente en una competición internacionales, así como tampoco afectaría, según señala el TC, en competiciones no oficiales o eventos en los que no participen selecciones oficiales de otros países y/o cuente con la preceptiva autorización del Consejo Superior de Deporte (FJ10).

J. Laso

III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 23 de marzo de 2012. F.:
Aranzadi (Westlaw)

Mediante el presente auto la Audiencia Nacional ha confirmado el sobreseimiento e inadmisión a trámite de la querrela interpuesta contra varios asesores del Presidente Bush por presuntos delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado (Alberto R. Gonzales, David Addington, William J. Haynes; Douglas Feith; Jay S. Bybee y JhonYoo). El archivo de la causa había sido llevada a cabo por auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de 13 de abril de 2011, del que hemos dado cuenta en la crónica anterior. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el artículo 23.4 de la LOPJ, se han archivado la gran mayoría de los casos abiertos en nuestro país. El sobreseimiento del caso Guantánamo viene a sumarse a la lista de casos que se han archivado en los últimos años y a los que nos hemos referido en la páginas de esta misma crónica⁹.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional recuerda que el Juez Eloy Velasco envió una Comisión Rogatoria a los Estados Unidos para determinar si los hechos denunciados están o no siendo investigados o perseguidos por las autoridades norteamericanas. A este respecto, la Audiencia Nacional señala que “el hecho de la concurrencia del procedimiento previo en país competente por razón de nacionalidad y territorialidad, excluye la competencia del Juzgado o Tribunal español, ya que en este tipo de situaciones prima el principio de subsidiariedad (...)” (FJ 2º). La Sala de lo Penal se remite al auto 1/09, de 9 de julio, de la misma Sala y al auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2010, mediante los que se concluyó que la existencia de una investigación militar en Israel era motivo suficiente para archivar el caso *Gaza*.

El artículo 23.4 LOPJ exige “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”. Con el objetivo de justificar el archivo de la causa, la Audiencia Nacional desarrolla un razonamiento en el que se desconoce completamente la realidad, pues todo parece indicar que no se han iniciado investigaciones judiciales en relación con las personas contra las que dirige la

⁹REEI, nº 21 y 22, 2011.

querella¹⁰. Así, después de afirmar que la prioridad de la jurisdicción territorial en el conocimiento de los hechos depende de “la existencia o no de un proceso o investigación con las debidas garantías”, señala que “(...) no cabe la menor duda de que las Autoridades competentes norteamericanas, han realizado una serie de investigaciones y de procesos judiciales que tienen por objeto los hechos que aquí se denuncian y que se relacionan detalladamente en el auto recurrido” (FJ 4º). En opinión de la Audiencia Nacional, la investigación y persecución efectiva de los hechos investigados se fundamentaría en los siguientes datos:

“Es evidente que del detalle de las actuaciones se desprende la existencia de dos exoneraciones de responsabilidad penal respecto de los querellados JayBybee y John Yoo; la existencia de procesos judiciales relacionados con malos tratos a prisioneros en Centro de Detención de Guantánamo; Procedimientos administrativos y penales del Departamento de Defensa que superan los cien casos; Investigaciones de la Fiscalía General de los Estados Unidos de América sobre abusos a detenidos (...)” (FJ 4º).

A la luz de estas circunstancias, que no son precisamente reveladoras de la existencia de investigaciones judiciales sobre los hechos en cuestión, la Audiencia Nacional llega a la conclusión de que se está llevando a cabo una investigación y persecución de los hechos en los Estados Unidos. A este respecto, vamos a realizar dos aclaraciones. En primer lugar, el ejercicio de la jurisdicción universal de carácter extraterritorial depende de que existan indicios serios y razonables que acrediten, bien una falta de voluntad, bien de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes más graves por parte de los Tribunales del Estado en el que ocurrieron los hechos¹¹. Es preciso reconocer que salvo en los casos en que la legislación impida actuar a los jueces locales o haya transcurrido un largo período de tiempo, no va a resultar fácil determinar la falta de voluntad o de capacidad de los tribunales *locus delicti commissi*. En segundo lugar, sin lugar a dudas, la conclusión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contrasta claramente con la conclusión a la que llegó a principios del año 2012 el Juez Pablo Ruz, titular del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 en relación con las supuestas torturas y crímenes de guerra de las que habrían sido víctimas cuatro personas de nacionalidad española o con vínculos de conexión estrecha en España durante su reclusión en Guantánamo. En el auto de 13 de enero de 2012, del que damos cuenta más adelante, el Juez Ruz afirmó que no hay constancia de la existencia de un “procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional”. Igualmente, es llamativo que el mismo Juez Velasco considere que en el presente caso se está llevando a cabo una investigación efectiva de los hechos mientras que en el caso de los Jesuitas está plenamente justificada la jurisdicción de los tribunales españoles, pues el procedimiento

¹⁰ No es de extrañar que se hayan desarrollado iniciativas privadas, como la Kuala Lumpur Crimes Tribunal, para poner de manifiesto la impunidad de la que disfrutaban los querellados y los principales responsables del Gobierno de los Estados Unidos implicados en la creación del centro de reclusión de Guantánamo. En noviembre de 2012, Bush, Dick Cheney, Donald Rumsfeld y los asesores legales Alberto Gonzales, David Addington, William Haynes, JayBybee and John Yoo fueron juzgados y condenados “de forma simbólica” por la comisión de crímenes de guerra y tortura.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, 237/2005, de 26 de septiembre de 2005.

penal que se simuló a principios de los años noventa en El Salvador terminó en impunidad absoluta¹².

No cabe duda que es mucho más respetuoso con las normas de Derecho internacional el voto particular que formularon los magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solaesa contra el auto del Pleno de la Sala de lo Penal. En el auto se detalla minuciosamente la labor que realizaron los querellados para justificar la no aplicación del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos a los prisioneros de Guantánamo y el empleo de técnicas de tortura en los interrogatorios a los que fueron sometidos. Para justificar la jurisdicción de los tribunales españoles se alude, en primer lugar, a las normas de Derecho internacional humanitario en los siguientes términos:

(...) en materia de crímenes de guerra, son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y sus protocolos adicionales, núcleo duro del Derecho Internacional Humanitario (DIH), los que establecen la obligación de perseguir y juzgar a los autores de infracciones graves de tales convenios: *“Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad”* (redacción común que aparece en los cuatro convenios de 1949, en sus artículos 49.2, 50.2, 129.2 y 146.2, respectivamente) (...). Estos tratados internacionales tienen vigencia universalmente reconocida y han sido objeto del mayor número de ratificaciones conocido en el Derecho convencional, además de integrar Derecho Internacional consuetudinario de general obligatoriedad” (Voto particular FJ 4°).

En segundo lugar, se menciona que concurren los vínculos de conexión exigidos por el artículo 23.4 de la LOPJ, ya que varias de las personas detenidas ilegalmente en Guantánamo eran españolas o “poseen intensos vínculos con España”. En tercer lugar, se constata que no se han investigado ni perseguido realmente los hechos sobre los que versa la querrela en los Estados Unidos. A este respecto, se pone de manifiesto que

“(...) el principio de subsidiariedad no es aplicable al caso, dado que la norma internacional -tercer y cuarto Convenio de Ginebra- atribuye jurisdicción a los Estados parte con carácter absoluto sin contemplar la subsidiariedad. Norma que debe traerse en virtud de lo que establece el propio art. 23.4 LOPJ -“sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”-, pues se trata de una obligación que impone la legalidad internacional a nuestro Estado, legalidad que forma parte del orden jurídico. De ahí la aplicabilidad del principio de concurrencia de jurisdicciones estatales” (Voto particular FJ 5°).

En el voto particular, se concluye que “según los estándares nacionales e internacionales no existe ni ha existido investigación ni persecución efectiva alguna sobre el objeto de la querrela”. Esta conclusión nos parece claramente acertada desde la perspectiva del Derecho internacional. Los principales instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos establecen obligaciones positivas a cargo de los Estados con el objetivo de investigar y perseguir a los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Es evidente que los Estados Unidos han decidido no exigir

¹² Al caso de los Jesuitas nos hemos referido en la crónica publicada en la *REEI*, nº 22, 2011.

responsabilidades penales a los juristas contra los que se dirige la querrela, lo que responde a razones de oportunidad política. Es digno de mención que en el voto particular se han incluido amplias referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a las resoluciones del Comité contra la Tortura, del Comité de Derechos Humanos y a la escasa casuística hasta el momento de la Corte Penal Internacional.

Juan Santos Vara

Auto del Juzgado Central de Instrucción Nº 5, de 13 de enero de 2012. Magistrado-Juez Pablo Rafael Ruz Gutiérrez.F.: *Aranzadi (Westlaw)*

Afortunadamente, el caso Guantánamo no está completamente muerto. El Juez Ruz decidió a principios del año 2012 reactivar la causa relativa a las supuestas torturas y crímenes de guerra de las que habrían sido víctimas cuatro personas de nacionalidad española o con vínculos de conexión estrecha con España durante su reclusión en la cárcel de Guantánamo. Este caso estaba destinado a languidecer lentamente ante la manifiesta falta de colaboración en la investigación por parte de los Estados Unidos. Sin embargo, tras las revelaciones de Wikileaks, que ha puesto seriamente en aprietos a la Fiscalía de la Audiencia Nacional por su tendencia a complacer, o al menos no incomodar, a la todavía potencia hegemónica, la causa ha recibido un cierto impulso. El caso fue iniciado por el Juez Garzón en enero de 2010 (autos de 27 de abril de 2009, de 29 de octubre de 2009 y de 27 de enero de 2010). La fiscalía interpuso un recurso ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al considerar que no concurrían los requisitos exigidos por la nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ. Sin embargo, el 6 de abril de 2011, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional avaló la continuación de las investigaciones.

El largo auto del Juez Ruz contiene una exposición detallada de la calificación jurídica de los hechos denunciados por los querellantes, de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la causa, así como de las diversas actuaciones realizadas en la investigación de los hechos. Por lo que se refiere al primer aspecto, no ofrece duda alguna la calificación de los hechos como delitos de torturas y crímenes de guerra. A continuación, se prestará atención a la jurisdicción de los tribunales españoles para realizar la investigación de los crímenes mencionados, pues se trata de la cuestión más polémica. El artículo 23.4 h) LOPJ otorga competencia a los tribunales españoles para conocer de los hechos susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como “cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España”. El Juez Ruz se refiere a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales para justificar el conocimiento de los hechos por los tribunales españoles. Es evidente que los artículos 129 del III Convenio y el 146 del IV Convenio exigen la investigación y persecución de los crímenes de guerra, ya que “cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquier a de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su

nacionalidad”. También disponen los Estados de la posibilidad de entregarlas a otro parte contratante “si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes. El Instructor se refiere también a la calificación realizada por los Estados Unidos de las personas retenidas en Guantánamo como combatientes ilegales, descartando claramente la doctrina desarrollada por la Administración norteamericana en los siguientes términos:

“aún si se diera por sentada la no aplicación a los detenidos en Guantánamo (...) categorías o requisitos recogidos por el artículo 4 de la referida Convención para ser tenidos como "prisioneros de guerra", parece al menos pacífico, desde la óptica de la legalidad internacional, (...) que seguirán gozando en todo caso del estatus de personas protegidas, bien al amparo del Cuarto Convenio de Ginebra sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra de 12 de agosto de 1949 (ex. artículos 4 y 5) y, en último término, en lo referido a los individuos a quienes se hubiere atribuido haber tomado parte en las hostilidades pero que no cumplan los requisitos para ser considerados prisioneros de guerra y no se beneficien tampoco de un tratamiento más favorable en virtud de la IV Convención de Ginebra, quedarían también protegidos al amparo del Protocolo Primero Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales de 8 de junio de 1977” (FJ 1°).

Asimismo, se incluyen amplias referencias a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, que no es ocioso recordar que también resultan aplicables en el marco de los conflictos armados, y, en particular al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. Si bien mucho se ha escrito y dicho sobre la tortura en los últimos años, merece la pena incluir un extracto del auto en relación con el derecho a no ser torturado:

“El derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es un derecho que no admite suspensión y por lo tanto no se pueden invocar circunstancias excepcionales de ningún tipo para justificar la misma. El Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura no han dejado de hacer hincapié en el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de subrayar que esta prohibición no admite suspensión en ninguna circunstancia, ni siquiera en tiempos de guerra o en la lucha contra el terrorismo.

“(....) la prohibición de la tortura así como la de los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, amén de formar parte del “iuscogens” - siendo una máxima de Derecho internacional que no admite excepción y se aplica a toda persona al margen de las circunstancias que la rodeen, por implicar un ataque frontal a la dignidad humana de la víctima-, también está contenida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, precepto que, pese a estar previsto para el caso de conflictos armados no internacionales, consagra unas reglas mínimas de Derecho humanitario convertidas en norma consuetudinaria internacional” (FJ 1°).

Nos encontramos, por lo tanto, ante un auto muy sólido desde la perspectiva del Derecho internacional. El juez no duda en acudir a la jurisprudencia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al pronunciamiento del Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 en el caso Pinochet para justificar la naturaleza de *iuscogens* de la prohibición de la tortura y la obligación de todos los Estados de investigar y enjuiciar las

violaciones de los derechos humanos¹³. En consecuencia, el juez Ruz procede a reactivar el caso Guantánamo, pues, además de lo señalado anteriormente, existe un vínculo de conexión relevante con España y no consta hasta el momento la existencia de ninguna investigación efectiva y real de los hechos en otro país. Por último, el juez requiere al Diario *El País* para que le entregue la documentación de que disponga sobre el trato recibido en Guantánamo por parte de los querellantes. Un efecto más de las revelaciones de Wikileaks en el caso Guantánamo.

Juan Santos Vara

IV. DERECHO DEL MAR

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 24 de abril de 2012. Ponente: Excm. Sra. M^a Luz Lourdes Sanz Calvo.
F.: Aranzadi (Westlaw)

Esta sentencia tiene su origen en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los propietarios de un buque pesquero, invocando la responsabilidad patrimonial de la Administración, la cual habría cambiado de forma repentina, en opinión de los demandantes, la forma de medir la eslora de los buques de pesca de atún. Como consecuencia de los cambios introducidos por la resolución de 30 de abril de 2009 de la Dirección General de Recursos Pesqueros y Acuicultura su buque ha pasado de ser considerado palangrero artesanal a palangrero pelágico. La modificación introducida ha supuesto que el buque perteneciente a los demandantes pase de 21,63 metros (eslora L) a 25,05 metros (eslora total), lo que ha traído consigo una serie de perjuicios al verse sometido a periodos de veda en la captura del atún.

La Audiencia Nacional recuerda que las competencias de conservación y gestión de los recursos pesqueros han sido transferidas a la Unión Europea, la cual debe ejercer sus competencias respetando los compromisos internacionales adquiridos, entre los que destaca la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Asimismo, la Audiencia Nacional señala que la Comunidad es parte contratante desde 1997 del Convenio Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico de 14 de mayo de 1966, en el marco del cual se ha creado la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (CICAA). La CICAA adoptó en 2006 un plan de recuperación plurianual del atún rojo en el Atlántico este y Mediterráneo, en virtud del cual se prohibía la pesca del atún rojo por los buques palangreros de más de 24 metros. Posteriormente, la CICAA adoptó la Recomendación 08-05 con el objetivo de establecer un nuevo plan de recuperación para el atún rojo en el Atlántico este y el Mediterráneo, en la que se introduce un nuevo criterio para medir la eslora de los

¹³ En el Comentario General nº 31, relativa a la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto (2004), el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la no adopción de las medidas previstas en el artículo 2 del Pacto para investigar las supuestas violaciones de los derechos humanos y llevar a los responsables ante los tribunales es equivalente a una violación del Pacto por el Estado Parte.

buques autorizados a pescar en la zona del Convenio, señalando que “la eslora de los buques mencionados en las Recomendaciones y Resoluciones adoptados por ICCAT corresponde a la eslora total, definida como la distancia medida en una línea recta entre el punto más saliente anterior de la proa y el más saliente posterior de la popa”. El plan de recuperación del atún rojo se incorporó en el ordenamiento comunitario mediante el Reglamento (CE) N° 302/2009 del Consejo, de 6 de abril de 2009¹⁴. La resolución de 30 de abril de 2009 se limitó a adaptar la legislación española a los cambios introducidos en el marco internacional y de la Unión Europea. En la desestimación del recurso contencioso-administrativo se afirma que

“el cambio en la forma de medir la eslora de los buques en este supuesto se produce en aplicación de una recomendación de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (...) de la que forma parte la Unión Europea suscriptora del Convenio de 1966 y que se incorpora en el Reglamento (CE) 302/2009, siendo de obligado cumplimiento para España, que no puede demorar su aplicación como así se señala en la Exposición de Motivos de la citada resolución de 30 de abril de 2009” (FJ 3°).

El Abogado del Estado dejó entrever que la eventual responsabilidad patrimonial correspondería a la UE. En nuestra opinión, dado que la aplicación en la práctica del Reglamento 302/2009 corresponde a las administraciones nacionales es lógico interponer el recurso contra la Administración del Estado. Cuestión distinta es si cabría o no exigir la responsabilidad extracontractual de la UE, derivada de la actividad normativa de la UE, y que está regulada en el artículo 268 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Desde la célebre sentencia *Zuckerfabrik* de 1971, el Tribunal de Justicia de la UE ha ido concretando el régimen de responsabilidad extracontractual de la UE¹⁵. Solamente en presencia de una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de derecho cabría exigir la responsabilidad de las instituciones, situación que no concurre en el presente caso. Por último, la presente sentencia nos ofrece un claro ejemplo de la interacción constante que se produce en la práctica entre el Derecho internacional, el Derecho de la UE y los ordenamientos internos en la gestión y conservación de los recursos pesqueros.

Juan Santos Vara

¹⁴ Reglamento (CE) n° 320/2009 del Consejo de 6 de abril de 2009 por el que se establece un plan de recuperación plurianual para el atún rojo del Atlántico oriental y el Mediterráneo, se modifica el Reglamento (CE) n° 43/2009 y se deroga el Reglamento (CE) n° 1559/2007, DO L 96, de 15.4.2009, p. 1.

¹⁵ Sentencia de 2 de febrero de 1971, *Zuckerfabrik*, 5/71, p. 975.

V. DERECHOS HUMANOS. ART. 10.2 CE

1. Aplicación del artículo 10.2 CE

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 29 de diciembre de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro, RJ\2012\1114, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 25 de enero de 2012, Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro, RJ\2012\2062, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Común a ambas sentencias es no sólo el razonamiento jurídico seguido por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sino también los delitos que motivaron los recursos de casación: estafa y apropiación indebida. En síntesis, en ambos supuestos los acusados fueron absueltos en primera instancia (en la primera de las sentencias, por parte de la Audiencia Provincial de Cádiz; en la segunda, por la Audiencia Provincial de Sevilla), y en los dos la Fiscalía interpuso recurso ante el Tribunal Supremo, aportando varias objeciones relativas a la valoración de las pruebas por los tribunales que juzgaron en primera instancia. En el supuesto de la sentencia de 29 de diciembre de 2011, el Ministerio Fiscal argumentaba que la sentencia impugnada omitió valorar datos probatorios que éste consideraba relevantes para considerar como punible el comportamiento de los acusados debido a la existencia de una intención fraudulenta. Por el contrario, en la sentencia de 25 de enero de 2012, aparte de una “omisión valorativa”, se cuestionaba una incorrecta ponderación de los elementos de prueba.

La problemática planteada es relevante porque desde hace algunos años el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha venido condenando a España por violación del artículo 6.1 CEDH debido a que apreciaciones del Tribunal Supremo relativas al elemento subjetivo del delito han sido consideradas indisociables de los elementos de hecho del proceso¹⁶. El motivo es que, a juicio del TEDH, el Alto Tribunal ha revertido sentencias absolutorias sin ofrecer las necesarias garantías de inmediación, contradicción y publicidad requeridas por la citada disposición cuando en segunda instancia se revisan elementos de hecho. Es por ello que las sentencias que nos ocupan toman nota del razonamiento del Tribunal de Estrasburgo, seguida ya por la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional¹⁷, ofreciendo así una exhaustiva

¹⁶Vid. TEDH, *Bazo González c. España*, sentencia de 16 de diciembre de 2008, nº 30643/04; *Igual Coll c. España*, sentencia de 10 de marzo de 2009, nº 37496/04; *Marcos Barrios c. España*, sentencia de 21 de septiembre de 2010, nº 17122/07; *García Hernández c. España*, sentencia de 16 de noviembre de 2010, nº 15256/07; *Almenara Álvarez c. España*, sentencia de 25 de octubre de 2011, nº 16096/08; *Lacadena Calero*, sentencia de 22 de noviembre de 2011, nº 23002/07; *Valbuena Redondo c. España*, sentencia de 13 de diciembre de 2011, nº 21460/08.

¹⁷Cfr. recientemente, STC nº 142/2011, de 26 de septiembre. En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por el Juzgado de lo Penal. El Tribunal Constitucional consideró que se había conculcado el derecho de defensa del recurrente en amparo por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

valoración de las consecuencias que plantean para las diferentes vías de recurso ante el Tribunal Supremo. El juez nacional considera igualmente de las limitaciones procesales que recoge el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues

“no cabe una interpretación de la norma que dé pie a la reiteración en la segunda instancia de la prueba practicada en la primera, pues el precepto se muestra tasativo (*sic*) y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en la segunda instancia, acogiendo sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia”¹⁸.

En consecuencia, apunta que

“(…) de admitirse la repetición de la prueba testifical practicada en la instancia en una nueva vista de apelación o de casación implantaríamos “de facto” el modelo de apelación plena y abandonaríamos el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal, innovación que supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con bastantes más inconvenientes que ventajas. Mucho más razonable resulta, por tanto, mantener la segunda instancia como un juicio de revisión de lo argumentado y decidido en la primera (…)”¹⁹.

Es por ello, en definitiva, que las pretensiones del Ministerio Fiscal relativas a la valoración de las pruebas fueron desestimadas por el Tribunal Constitucional.

Asier Garrido Muñoz

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 9 de febrero de 2012, Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, RJ\2012\199, F.: *Aranzadi (Westlaw)*

Dado el interés público suscitado, resulta casi innecesario explicar el contexto fáctico de esta sentencia del Tribunal Supremo. Su origen se sitúa en uno de las tres causas paralelas iniciadas contra el Titular del Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Baltasar Garzón. La que en este momento nos ocupa –posteriormente estudiaremos la relativa a las desapariciones forzadas de la Guerra Civil española- fue la única de las tres que dio lugar a la condena del acusado, motivando su apartamiento de la función judicial por un período de once años.

El citado Magistrado había decidido, en el marco de la investigación judicial de la trama corrupta *Gürtel*, la intervención indiscriminada de las comunicaciones orales y escritas, así como la observación de las comunicaciones personales, entre las tres personas imputadas por participar en dicha trama (ya en prisión) y *todos* sus abogados, sin restringir las actuaciones a letrados concretos. La finalidad de la intervención era “poder determinar con exactitud todos los extremos de sus ilícitas actividades, y especialmente determinar el grado de imputación que pudieran tener otras personas dentro del grupo organizado investigado. En lo que respecta a los letrados, se trataba de determinar si

¹⁸*Vid.* por ambas, sentencia de 25 de enero de 2012, FJ nº 4.2.

¹⁹*Ibid.*

estos actuaban como “enlace” de los imputados con personas del exterior. Según resulta de la sentencia del Tribunal Supremo, no se aportaban indicios específicos relativos a la supuesta relación de los letrados con otras personas relacionadas con la trama.

El contexto jurídico a considerar se centra en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que distingue entre las comunicaciones “generales” de los internos con terceras personas, y las comunicaciones más “particulares” de aquellos con sus letrados. Esas comunicaciones “generales” pueden ser intervenidas con la autorización del Director del Centro Penitenciario en virtud de razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento penitenciario, sin embargo, las aquí denominadas “particulares” son sometidas a un régimen especial y la autorización de su intervención debe ser solo dispuesta por la Autoridad Judicial, sin posibilidad de que la misma pueda ser acordada por la Autoridad Penitenciaria. Dicho artículo 51 en su segundo párrafo recoge claramente el supuesto fáctico que aquí se denuncia, estableciendo que las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. Los delitos por los que el Juez Garzón fue condenado fueron los recogidos en el artículo 446 del Código Penal (prevaricación judicial), y el 536 (interceptación de comunicaciones o uso de artificios técnicos de escuchas).

Más allá de la controversia política y social suscitada por la condena del conocido Magistrado del Juzgado Central de Instrucción Nº 5, lo cierto es que la decisión del Tribunal Supremo se apoya en no pocas decisiones de órganos encargados de la supervisión del cumplimiento por los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos. En otras palabras, el quebranto del ordenamiento jurídico operado – a juicio del Alto Tribunal- por el acusado viola principios cardinales del ordenamiento constitucional cuyo ámbito de aplicación ha sido cuidadosamente acuñado por el juez español a la luz del derecho internacional mediante el recurso al artículo 10.2 CE. Como afirma la sentencia cuando valora la existencia del elemento del tipo penal de prevaricación de “injusticia” en la resolución dictada por el Juez Garzón,

“Los preceptos que debían ser interpretados al decidir acerca de la intervención de las comunicaciones entre los internos en el centro penitenciario y sus letrados son, principalmente, los artículos 14.3 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; los artículos 10.2, 18, 25.2, 24.2, 55.2 y 120.3 de la Constitución; el artículo 51 de la LOGP y el artículo 579 de la LECrim. Ninguno de los métodos de interpretación del derecho usualmente admitidos que hubiera podido seguir el acusado respecto de esos preceptos, le habría conducido a concluir de forma razonada que es posible restringir sustancialmente el derecho de defensa, con los devastadores efectos que ocasiona en el núcleo de la estructura del proceso penal, en las condiciones en que lo hizo”²⁰

Esta precisión, de por sí obvia, subraya una de las grandes diferencias entre el contexto jurídico de este proceso penal y aquél conducente a la sentencia absolutoria en el asunto de los desaparecidos del franquismo, que estudiaremos más adelante. Y es que en este

²⁰ Sentencia de 27 de febrero de 2012, FJ nº 12.

último la actitud del Tribunal Supremo respecto del derecho internacional (penal y de los derechos humanos) debió ser primordialmente “defensiva”; es decir, justificativa de la posible desviación operada por el juez nacional respecto de los estándares internacionales. Ello es así porque, como tendremos oportunidad de ver, el Magistrado imputado apoyaba toda su actuación sobre una interpretación *pro-justicia internacional* del Derecho internacional, aplicando directamente éste en detrimento de importantes normas de Derecho español. Aquí, por el contrario, la argumentación del Tribunal Supremo estribaba en las decisiones del TEDH²¹ y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)²² relativas a la protección de los derechos de defensa de los acusados en los procesos penales, precisamente las mismas que ha ignorado el Juez Instructor en sus autorizaciones.

Este importante matiz subraya y justifica el diferente resultado al que abocó la valoración de lo “injusto” de las decisiones del Magistrado imputado a efectos de concluir si hubo o no delito de prevaricación. En efecto, si bien en ambos supuestos el Tribunal Supremo abundó en lo erróneo de las decisiones del Juez Garzón (es decir, tanto cuando éste autorizó las escuchas telefónicas y personales en el contexto de la investigación de la trama *Gürtel* como cuando se declaró competente para investigar la localización de las víctimas desaparecidas del franquismo), sólo en la sentencia que nos ocupa hubo condena del acusado. El motivo de esta divergencia de resultados radica precisamente en el nivel de adecuación de las actuaciones del acusado respecto de los valores que subyacen a los estándares internacionales que informan nuestro ordenamiento jurídico, así como en la interpretación que se efectúe de la interacción de éstos con los estándares nacionales. No se trata, como afirmara con simplismo el Voto particular del Juez Maza Martín en el asunto de los desaparecidos del franquismo, que para el Tribunal Supremo “el fin justifica los medios”²³. Por el contrario, el

²¹ TEDH, *Castravet c. Moldavia*, sentencia de 13 de marzo de 2007, nº 23393/05; *Foxley c. Reino Unido*, sentencia de 20 de junio de 2000, nº 33274/96; *S. c. Suiza*, de 2 de noviembre de 1991, serie A nº 220, p. 16; *Brennan c. Reino Unido*, sentencia de 16 de octubre de 2001, nº 39846/98; *Kopp c. Suiza*, sentencia de 23 de marzo de 1998, nº 23224/94; *Campbell c. Reino Unido*; sentencia de 25 de marzo de 1998, nº 13590/88; *Erdem c. Alemania*, sentencia de 5 julio de 2001, nº 38321/97; *Lanz c. Austria*, sentencia de 31 de enero de 2002, nº 24430/94.

²² TJUE, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akros Chemicals Ltd. c. Comisión*, sentencia de 14 de septiembre de 2010, C-550/07P.

²³ Voto particular del Juez Maza Martín, FJ nº IV. Ciertamente, el razonamiento del Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de febrero de 2012 apoya parte de sus conclusiones en la legitimidad de los fines perseguidos por el Magistrado Instructor, al afirmar que “Esa finalidad perseguida, aún cuando errónea en su realización y convenientemente corregida, ha tratado de mejorar la situación de unas víctimas cuyo derecho a conocer los hechos y recuperar a sus muertos para honrarles es reconocido por la Ley de Memoria Histórica” (FJ nº 7). Pero esta argumentación finalista es indisociable del cumplimiento con la legalidad internacional que subyace a las actuaciones del acusado. En otras palabras, los Autos del Juez Instructor *creen* encontrar un apoyo *jurídico* en el Derecho internacional público, y es sobre la base de sus obligaciones (tal y como figuran en sus fuentes y en las decisiones de tribunales internacionales y nacionales que lo interpretan) que se articula la extensa argumentación que ofrecen. De esta manera, de todas las irregularidades que sintetiza el Juez Maza Martín en su Voto Particular (*cfr.* FJ nº IV), sólo la referente a la competencia del Juzgado Central de Instrucción no encuentra *ningún* acomodo en ninguna interpretación *posible* (correcta o no) del Derecho internacional, pues el vínculo con éste es inexistente. A nuestro juicio es, pues, la única que podría dar pie a discutir la decisión absolutoria de la mayoría (cuestión sobre la que, en todo caso, no nos corresponde pronunciarnos). Por el contrario, lo indudable es

razonamiento del Tribunal Supremo muestra que lo que hay detrás de la valoración de lo “injusto” del tipo penal de “prevaricación” en ambos casos es más bien la “razonabilidad” de la desviación del Derecho existente operada por el Juez. Y es que, como se remarcará en el asunto de las víctimas del franquismo,

“El magistrado acusado se ha apoyado en fuentes de interpretación reconocidas en nuestro ordenamiento, si bien ha obviado que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en nuestra interpretación, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 de la Constitución y al que nos hemos referido anteriormente. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad, incluso aunque los actos hubieran sido legales bajo el derecho en vigor al tiempo de los hechos, pero siempre supeditado (*sic*) al conocimiento previo de la tipicidad en el derecho consuetudinario internacional para poder acomodar la conducta a las exigencias de dicho derecho”²⁴.

Asier Garrido Muñoz

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 16 de febrero de 2012, Ponente, D. Eugeni Gay Montalvo, RJ\2012\20, F.: Aranzadi (*Westlaw*)

El 30 de diciembre de 2004 el Juzgado de Primera Instancia número 8 de La Coruña planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación el artículo 35.7.2 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social²⁵. La cuestión fue promovida por una empresa aseguradora que se vio impedida de ejercitar una acción civil (demanda de juicio declarativo verbal) debido a que, al tratarse de un juicio verbal donde se reclamaba una indemnización, debían abonarse unas tasas judiciales de 91,71 € que ésta se negó a pagar. En otras palabras, de acuerdo con la interpretación del Juzgado coruñés, el impago de la tasa genera la desestimación de la demanda, lo que a juicio de la compañía aseguradora implicaba una vulneración del derecho de acceso a la justicia (artículo 24.1 CE).

Para una adecuada comprensión del caso se debe exponer que, como explica el Tribunal Constitucional, el artículo 35 de la Ley 53/2002 establece un sistema de acceso a la jurisdicción mediante el pago de una *tasa* (y no un impuesto) cuya aplicación se restringe doblemente: en primer lugar, *rationemateriae*, pues sólo se aplica en los órdenes civil y contencioso-administrativo; en segundo lugar, *rationepersonae*, pues excluye su pago por parte de las personas físicas. Para el juzgado remitente no era tanto la cuantía lo que planteaba objeciones de constitucionalidad, sino más bien las

que las decisiones adoptadas en el contexto de las escuchas de la trama *Gürtel* aportan una argumentación indudablemente subjetiva, desprovista de los necesarios apoyos jurídicos.

²⁴ Sentencia de 27 de febrero de 2008, FJ nº 7. Curiosamente, el pasado 8 de junio el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón, hacía pública la oposición de España al proyecto de Directiva europea que permitía la intervención policial de comunicaciones entre abogados y sospechosos sin autorización judicial previa (Europapress, 8 de junio de 2011, disponible en http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1101715&nl=1&, visitado el 11 de junio de 2011).

²⁵ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2002, p. 46086.

consecuencias del impago de la tasa. En este sentido, el Auto de planteamiento afirmaba que “existen medidas al alcance de la Hacienda Pública para obtener el cobro de la tasa menos drásticas que la de impedir el curso del proceso”. Una posibilidad sería, por ejemplo, permitir que la Administración tributaria, una vez que los Tribunales le hubiesen comunicado la falta de declaración del hecho imponible y del pago del tributo cuando fuese preceptivo, procediese de oficio a liquidar las tasas judiciales devengadas y a iniciar los procedimientos ejecutivos necesarios para obtener su cobro.

Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal defendieron la constitucionalidad de la tasa con una argumentación que, en lo sustancial, fue seguida por el Tribunal Constitucional. El recurso al artículo 10.2 CE permitió a este último acomodar su decisión en los dos ejes del orden europeo de protección de los derechos humanos: el CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE). Respecto del primero, se extrajeron los postulados siguientes de la sentencia *Kreuz c. Polonia*:

- “1) que el establecimiento de restricciones financieras al acceso a la justicia no afecta, en principio, al núcleo esencial del derecho a accionar;
- 2) que el requisito de pagar tasa a los Tribunales civiles no puede ser considerado per se una restricción del derecho de acceso a un Tribunal;
- 3) que son factores importantes a tener en cuenta la cuantía de las tasas, a la luz de las circunstancias de un caso dado, incluyendo la capacidad de pago del demandante y la fase del procedimiento”²⁶.

A ellos se añadió que, en el Auto *O’Limo c. España* el TEDH concluyó que el sistema español establecido para facilitar asistencia jurídica gratuita

“ofrece “unas garantías sustanciales” para el derecho de acceso a los Tribunales, aunque queden excluidos de él las sociedades mercantiles o las asociaciones que, como la recurrente en aquel caso, no son de utilidad pública”²⁷

Como explicó el Tribunal Constitucional, la *ratio* del Auto aducía que

“los fondos de los que disponen las asociaciones y las sociedades privadas para la defensa jurídica de sus derechos proceden de los recursos que sus miembros o socios acuerdan y aportan libremente, en función de sus intereses: no debe exigirse al Estado que gaste recursos económicos públicos en beneficio de entidades cuyos socios han decidido libremente no aportar los recursos económicos precisos para desarrollar sus actividades normales, especialmente cuando se trata de actividades procesales en relación con litigios sobre derechos de propiedad que no afectan más que a los particulares interesados en los hechos”²⁸.

²⁶ STC 20/2012, FJ nº 10. La referencia es TEDH, *Kreuz c. Polonia*, sentencia de 19 de junio de 2001, nº 28249/95.

²⁷ STC 20/2012, FJ nº 9. La referencia es TEDH, *C.M.V.M.C.O Limoc. España*, decisión de inadmisibilidad de 24 de noviembre de 2009, nº 33732/05, FJ nº 24.

²⁸ *Ibid*, FJ nº 26. P. 26.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia del artículo 47 de la CDFUE permitió apuntalar el argumento relativo a la falta de desproporción de las tasas. Así, después de citarse (entre otras) la referida sentencia *Kreuz c. Polonia* del TEDH, el Tribunal Constitucional acude al *dictum* del Tribunal de Luxemburgo en *DEB Deutsche Energiehandels-undBeratungsgesellschaftmbH*, que utilizó el criterio de la tasa como “obstáculo insuperable” como prueba de fuego de la violación del derecho de acceso a la justicia²⁹.

En conclusión, constatada por unanimidad la legitimidad y proporcionalidad de las modulaciones fiscales operadas por el legislador en materia de acceso a la justicia civil para las personas físicas, el Pleno del Constitucional declaró por unanimidad el respeto del artículo 35 de la Ley 53/2002 al derecho fundamental protegido por el artículo 24.1 CE.

Asier Garrido Muñoz

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de febrero de 2012,
Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta, RJ 2012\3659, F.: *Aranzadi (Westlaw)*

El análisis de esta importante sentencia se encuentra a medio camino entre esta sección (aplicación del artículo 10.2 CE) y la relativa a la recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico español. En todo caso, hemos decidido exponerlo por completo aquí con el fin de evitar un fraccionamiento del examen. Recuérdese, en todo caso, que líneas arriba se han anticipado algunos de los elementos de reflexión que esta decisión del Tribunal Supremo nos ha suscitado.

Al igual que sucediera con la sentencia de 9 de febrero, los elementos de hecho son bien conocidos, aunque es necesario profundizar en algunos detalles para comprender mejor la argumentación del Tribunal Supremo. El Titular del Juzgado de Instrucción N° 5, el Magistrado Baltasar Garzón Real, fue objeto de sendas querellas presentadas por dos sindicatos ultraderechistas en relación con sendos Autos dictados con diez años de diferencia que diferían sustancialmente en resultado y razonamiento. El primero de ellos, de 1998, respondía a una querella presentada por una organización de víctimas de la masacre de Paracuellos de Jarama cometida al comenzar la guerra civil. En la misma se solicitaba el procesamiento de Santiago Carrillo debido a su participación en los crímenes de genocidio, terrorismo y torturas ejecutados en la localidad madrileña. La respuesta al mismo del Juez Garzón recordaba “las más elementales normas de retroactividad y tipicidad” recogidas en el artículo 9.3 CE con el fin de argumentar la falta de existencia de tales crímenes en el momento de comisión de los hechos.

Años después, en diciembre de 2006, se presentaron una serie de querellas ante la Audiencia Nacional en relación con las desapariciones y asesinatos cometidos durante la guerra civil y los primeros años de dictadura franquista. Los querellantes, familiares

²⁹ TJUE, *DEB Deutsche Energiehandels- undBeratungsgesellschaftmbH contra BundesrepublikDeutschland*, sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-279/09.

directos de las víctimas u organizaciones civiles que actuaban en su representación, invocaban un derecho a conocer las circunstancias de la muerte y el paradero de los desaparecidos. Para ello acudían al actual artículo 607*bis* del Código Penal, que desde la reforma de 2004 (operada para adaptarlo a la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) recogía como crimen contra la humanidad la detención ilegal sin dar razón del paradero del detenido.

El Titular del Juzgado de Instrucción Nº 5 inició el procedimiento, pero no adoptó medidas concretas en relación con el mismo hasta el 16 de octubre de 2008, cuando mediante Auto asumió formalmente la competencia para investigar los hechos. Contrariamente a la opinión del Ministerio Fiscal, invocó para ello una serie de instrumentos internacionales y decisiones de órganos judiciales (que enseguida mencionaremos) con el fin de evitar lo que consideraba principales “escollos” en la investigación: la posible violación de los principios de legalidad y no retroactividad, la posible prescripción de los crímenes, las prohibiciones contenidas en la Ley de Amnistía de 1977 para todos los crímenes políticos cometidos antes de diciembre de 1996, la competencia del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 y, finalmente, la adopción de medidas para proteger a las víctimas. El mismo Auto anticipaba la extinción de responsabilidad penal una vez confirmada la defunción de los principales responsables del régimen franquista encausados.

El 2 de diciembre de 2008 el Pleno de la Audiencia de lo Penal dictó sentencia sobre el recurso presentado por el Ministerio Fiscal contra el Auto de octubre de 2008³⁰. En síntesis, se consideraba que la Audiencia Nacional no era competente para investigar los hechos; entre otros motivos, porque los hechos no encajaban en los títulos de competencia del artículo 65 LOPJ³¹. Pocos días antes, el 16 de noviembre, el Titular del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 dictada un Auto en el que verificaba la defunción de los 35 altos cargos franquistas investigados y remitía el caso a los Juzgados territoriales competentes.

La diferencia entre el razonamiento de los Autos de 1998 y 2008 motivó finalmente que dos sindicatos ultraderechistas presentaran el 26 de enero de 2009 dos querellas contra el Juez Garzón por prevaricación judicial (art. 446 CP). Un año después, en abril de

³⁰ Este Auto fue examinado en las páginas de esta crónica. Vid. *REEI*, Nº 17, 2009, pp. 7-9.

³¹ Recordemos que el art. 65.1 LOPJ recoge los siguientes delitos en tanto que competencia de la Audiencia Nacional:

- a. *Delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.*
- b. *Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.*
- c. *Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.*
- d. *Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas audiencias.*
- e. *Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales Españoles.*

2010, el Magistrado Instructor del Tribunal Supremo dictaba un Auto que confirmaba la acusación. En el mismo se calificaba de “ejercicio de teorización académica” y de “imaginación creativa” el razonamiento del Auto de 2008 en lo que respecta a la existencia de crímenes contra la humanidad en 1936 y la nulidad de la Ley de Amnistía de 1977³².

A título preliminar, la respuesta del Tribunal Supremo comenzó recordando que el sistema procesal penal español no permite la apertura de los denominados “juicios de la verdad”. La búsqueda de la verdad, objetivo legítimo que según el Alto Tribunal compete efectivamente al Estado, no es tarea del juez sino de otros órganos del mismo como las Administraciones públicas³³.

A continuación se pusieron de relieve, con detallada argumentación, los principales errores de los que adolece la argumentación seguida por el Juez Garzón, principalmente en el Auto de 16 de octubre de 2008. Para comenzar, los hechos cometidos entre los años 1936 y 1952 habían sido incorrectamente calificados debido a que el artículo 607 *bis* CP no recogía el tipo “crímenes contra la humanidad” antes de la reforma entrada en vigor en 2004. Contrariamente a la interpretación seguida por el Auto de 16 de octubre de 2008, no era posible apoyarse a estos efectos en la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Scilingo* puesto que éste había revocado la argumentación de la Audiencia Nacional en este punto. En otras palabras, no era posible atribuir a la conducta tipificada antes de la reforma de 2004 (el delito de detención ilegal sin dar información del paradero) los efectos de un crimen inexistente hasta tal fecha³⁴.

En este punto se abundó además en la relación entre el derecho penal internacional consuetudinario y derecho español. Y es que, a juicio del Tribunal Supremo, no es posible para el juez penal nacional aplicar directamente el derecho consuetudinario sin violar el artículo 9.3 CE, puesto que para la aplicación de los tipos penales de éste es necesaria su “transposición” en el ordenamiento nacional (el término transcrito es el empleado por el Tribunal). La “cláusula Martens”, recogida en el preámbulo del IV Convenio de la Haya de 1907 sobre las leyes y costumbre de la guerra, se encuentra redactada en términos demasiado vagos como para poder ser aplicada directamente en el ordenamiento español. Junto a ello, los llamados principios de Nuremberg no fueron aceptados por España hasta 1952, cuando se ratificaron los cuatro Convenios de Ginebra³⁵, e incluso cuando esto se llevó a cabo, se declaró mediante una reserva al artículo 99 del III Convenio de Ginebra (sanciones penales a los prisioneros de guerra)

³² El Auto ha sido comentado en CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.; VICENTE MÁRQUEZ, L.: “La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho Internacional”, *REEI*, Nº 19, 2010, disponible en www.reei.org.

³³ Sentencia de 27 de febrero de 2008, FFJJ nos. 1-2.

³⁴ *Ibid*, FJ nº 3.1.

³⁵ La sentencia del Tribunal Supremo se refiere a los “Convenios de Viena”. Obviamente, se trata de un error de transcripción.

que se excluía de la consideración de “derecho internacional en vigor” al derecho “no convencional” y el elaborado por organismos de los que España no era parte³⁶.

En respuesta a algunos de los argumentos planteados por el Juez Garzón durante el proceso, el Tribunal Supremo consideró igualmente lo siguiente sobre la relación entre el principio de legalidad y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y el TEDH en materia de *nullum crimen* y prohibición de penas retroactivas:

“En este sentido, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha conformado una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad con las consecuencias que su observancia comporta en orden a la *lex previa*, *lex certa*, *lex stricta* y *lex scripta*. El Código penal español dedica sus cuatro primeros artículos a configurar el principio de legalidad, desarrollando los arts. 25.1 y 9.3 de la Constitución y cualquier repertorio jurisprudencial revela esta configuración estricta del principio. Estas exigencias no son extrañas al ordenamiento internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así, declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones en Argentina (Resolución n° 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990). “Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado...”.

En el mismo sentido de vigencia del principio de legalidad, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kolk y Kislyly contra Estonia de 17 de enero de 2006, profusamente citada por el acusado, si bien declara ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos la condena dictada contra los acusados de nacionalidad rusa participantes en delitos contra la humanidad durante la ocupación soviética, lo realiza partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron, por lo tanto concedores de su vigencia y capaces de ordenar su conducta a las exigencias impuestas por el mencionado principio de legalidad³⁷.

A continuación se discutió el problema de la prescripción. De acuerdo con el Tribunal Supremo, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, proclamada por algunos tratados en los que España era parte en 2008³⁸, no puede ser aplicada retroactivamente a delitos cometidos entre 1936 y 1952. En este punto se incurrió en una serie de afirmaciones generales que, a nuestro entender, ponen en solfa los progresos logrados por el derecho internacional de los derechos humanos en materia de imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad:

“Sobre el carácter permanente del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero, conviene realizar una precisión. Ese tipo penal no estaba previsto como tipo agravado de la

³⁶ Recuérdese que los llamados “Principios de Nuremberg” fueron adoptados mediante resolución 177 (II) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 21 de noviembre de 1947. España no se adhirió a la Carta hasta el 14 de diciembre de 1955.

³⁷ Sentencia de 27 de febrero, FJ n° 3.1.

³⁸ Véanse el art. 1 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968 (Resolución 2391 (XXIII) de la AGNU), y el art. 8 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006 (Doc. A/61/488 de la AGNU).

detención ilegal en el Código vigente al inicio del periodo objeto de la instrucción judicial. En efecto, ese tipo penal que aparecía en el Código de 1.928, desapareció del Código de la República de 1932 para volver a figurar en el Código de 1944, el primero del régimen que surgió de la guerra civil. Por lo tanto, durante la mayor parte del periodo de objeto de la instrucción no estaba vigente.

Por otra parte, la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún caso que avale esa posibilidad. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal”³⁹.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo se posicionó en contra de la inaplicación de la Ley de Amnistía realizada por el Magistrado Instructor con el fin de poder abrir un proceso penal contra los principales cargos franquistas responsables de los crímenes invocados en sede judicial. Resumiendo los argumentos, el Tribunal Supremo insistió en el carácter democrático de la misma en tanto que emanación de la voluntad de los principales representantes de los bandos enfrentados durante la guerra civil. Si bien reconoce la existencia de una serie de resoluciones dictadas por órganos internacionales de supervisión de cumplimiento en materia de derechos humanos que recomiendan la derogación de la ley de amnistía, insiste en el carácter no vinculante de sus decisiones:

“En este sentido, comprobamos cómo, desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 periodo de sesiones, Observancia final nº 5 sobre España). Se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento pero, no obstante, en lo que aquí interesa, nos servirá para poner de manifiesto la cultura jurídica imperante en esta materia y la razonabilidad de opiniones contrarias interpretando nuestro ordenamiento”⁴⁰.

A este pasaje hay que adjuntar otro relativo al carácter consuetudinario y de *iuscogens* de la prohibición de amnistías en Derecho internacional, cuya elaboración técnica resulta cuestionable:

“Algún sector de la doctrina internacionalista mantiene que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de *iuscogens*, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto que así lo establece. Sin embargo, incluso si ello fuera así, esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1.977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial. Aún en este supuesto, que entendemos no concurre, la prohibición de una amnistía dispuesta por una costumbre, posteriormente introducida a un Convenio Internacional, plantearía un nuevo problema, el de la posibilidad de que un tribunal español pudiera declarar nula, por contraria a derecho, la ley de amnistía. Ello no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente,

³⁹ Sentencia de 27 de febrero, FJ nº 3.2, énfasis añadido.

⁴⁰ *Ibid.*

pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto. Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo”⁴¹.

En efecto, siguiendo la argumentación del Juez Garzón, se valoran los efectos de la prohibición de amnistías en Derecho internacional en términos de *nulidad* de la norma nacional contraria, y no de *anulabilidad* de la misma. Por otro lado, además, se plantea con ligereza la falta de retroactividad del *iuscogenssuperviniens* sin considerar las dificultades que plantea el artículo 64 CVDT. Y es que, si una norma nueva de Derecho internacional prohíbe las amnistías, ello quiere decir que previamente existía una norma previa permitiéndolas, que en rigor no podrá ser aplicada por el juez a los hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la nueva norma imperativa que no han producido efectos inmediatos⁴².

Finalmente, como ya hemos apuntado *supra*, el Tribunal Supremo terminó absolviendo al acusado, al considerar que los errores cometidos no alcanzaban el nivel de “injusticia” requerido por el tipo penal de prevaricación judicial. Ciertamente, el conjunto de la sentencia evidencia una actitud recelosa hacia el derecho penal internacional que, sin sorprender al analista, sí que plantea numerosos interrogantes (de derecho intertemporal, de derecho transicional y de relaciones entre el Derecho internacional e interno español) que no pueden ser analizados pormenorizadamente en el marco de esta crónica. En todo caso, no está de más terminar incidiendo en la parte del vaso que se encuentra llena. Y es que, más allá de lo favorable o contrario que uno se pueda mostrar con la actitud recelosa del Tribunal Supremo hacia las obligaciones dimanantes del derecho penal internacional y del DIDH, el razonamiento de nuestro Alto Tribunal es afortunadamente mucho más comprensivo con las particularidades del ordenamiento internacional que el subyacente al Voto particular del Juez Maza Martín, del que unas breves líneas hablan por sí solas:

“En mi modesta opinión, si el delito de prevaricación se refiere a la gravemente incorrecta aplicación del Derecho, alude en exclusiva al Derecho español, de obligado cumplimiento en nuestro país, el que los Jueces nacionales tienen que aplicar, incluyendo, por supuesto, aquel otro que, emanado de la letra de los Convenios internacionales suscritos por España, o de sus derivaciones como el Derecho comunitario, o de los Tribunales u órganos encargados de interpretar esos textos, tenga acogida en nuestro ordenamiento de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en las Leyes. Y basta”⁴³.

Asier Garrido Muñoz

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Como expone con sencillez REUTER, “les effets du traité caduc qui ont eu un caractère instantané seront donc maintenus, mais ceux qui ont pris corps dans l’établissement d’une situation continue devront prendre fin. Ainsi donc pour prendre un exemple, à supposer que naisse une règle impérative absolue relative au droit des peuples à disposer d’eux mêmes, toutes les conquêtes territoriales consacrées en violation de ce droit par des traités antérieurs à la mise en vigueur de la CVDT et antérieures à la naissance de ce règle pourraient voir leurs effets dans l’avenir réduits à néant?” (REUTER, P.: *Introduction au droit des traités*, 3^e Ed., Puf, Paris, 1995, p. 163).

⁴³ Voto particular del Juez Maza Martín, FJ n° IV.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 5 de marzo de 2012,
Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán, RJ\2012\2974, F.: *Aranzadi* (Westlaw)

El asunto tiene su origen en sendos recursos por infracción procesal y de casación impugnatorios de la sentencia de apelación dictada en un proceso para la tutela civil de derechos fundamentales. De acuerdo con los recurrentes, los perjuicios causados por el sonido de un piano instalado en el piso de los demandados (inferior al de los demandantes) impedían el disfrute del derecho recogido en el artículo 18 CE (derecho a la vida privada y familiar).

La jurisprudencia del TEDH en materia de ruidos intervino en un doble estadio del razonamiento del Tribunal Supremo⁴⁴. Por un lado, sirvió para revertir el razonamiento de la sentencia recurrida (dictada por la Audiencia Provincial de Valencia) en materia probatoria. En este sentido, el Alto Tribunal argumentó que

“Dado el objeto del proceso, protección civil del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito del propio domicilio, la interpretación del art. 217LEC debe acomodarse, conforme al art. 10.2 de la Constitución, al Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales según viene siendo interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), cuya sentencia de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España) es especialmente significativa porque tanto la jurisdicción española contencioso-administrativa como el Tribunal Constitucional español no habían considerado entonces debidamente probados los daños y perjuicios alegados por quien pretendía ser indemnizada a causa del ruido que soportaba en su domicilio”⁴⁵.

Por otro lado, permitió considerar que el ruido derivado del uso continuado del piano por los demandados violaba el derecho protegido por el artículo 18 CE. Y es que, según el Tribunal Supremo,

“Ante todo debe tenerse presente que la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el hecho notorio de que España es uno de los países más ruidosos del mundo revelan las dificultades que encuentran los ciudadanos para lograr una protección efectiva, no meramente teórica, contra el ruido. De hecho los aquí recurrentes intentaron sin éxito, antes de interponer su demanda, que fuese la comunidad de propietarios la que emprendiera la vía judicial. Dentro del proceso los demandantes han logrado probar que durante años, y a cualquier hora comprendida entre las 15.00 y las 21.30 horas, vienen soportando el sonido del piano procedente de la vivienda que habitan los demandados en unos niveles que sobrepasan los límites legales en horario diurno, sin que el grado de superación de estos niveles pueda en modo alguno considerarse insignificante. Esto supone una intromisión que necesariamente perturba gravemente la vida de los demandantes en su propio domicilio, pues no solo les impide descansar, estudiar o leer con una mínima concentración durante el día sino que también les dificulta sobremanera el disfrute de su propio hogar al imponérseles un ruido que solo puede paliarse generando otro mayor en el propio domicilio (...)”⁴⁶.

Asier Garrido Muñoz

⁴⁴ A esta línea jurisprudencial nos hemos referido en crónicas anteriores. *Vid.* por ejemplo *REEI* nº 10, 2005 y nº 11, 2006.

⁴⁵ Tribunal Supremo, sentencia de 5 de marzo, FJ nº 3.6.

⁴⁶ *Ibid.*, FJ nº 8.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 29 de marzo de 2012, Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, RTC\2012\39, F.: *Aranzadi (Westlaw)*

Por razones de brevedad, presentamos aquí una de las veinticinco sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en idéntica fecha, relativas todas ellas a la constitucionalidad de la conocida como “Doctrina Parot”, con origen en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006⁴⁷. Es bien conocido que el fundamento de la citada doctrina se centra en una variación del mecanismo de cómputo del intercambio de penas por trabajo, que antes de la citada sentencia se contabilizaba sobre la pena refundida, mientras que a partir de la citada decisión operaría sobre *cada una* de las penas impuestas. Los recurrentes, en su mayoría miembros de la banda terrorista ETA, objetaban la constitucionalidad de esta doctrina *in concreto*, es decir, en su aplicación por los órganos jurisdiccionales correspondientes a las respectivas condenas definidas con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006. Es por ello que, en síntesis, los recursos interpuestos se articulaban, entre otros, en torno a la violación del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) y de la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE).

Se ha de apuntar de manera preliminar que, si bien el razonamiento del Tribunal no difiere en sustancia en los veinticinco pronunciamientos del Tribunal Constitucional (pues en todos los casos se avaló la aplicación de la “Doctrina Parot” a las condenas impugnadas) es verdad tanto los ponentes como los argumentos de los demandantes difieren en ocasiones.

Téngase igualmente en cuenta que la legislación vigente en el momento en que se dictaron las sentencias se recogía en el derogado Código Penal de 1973. En virtud de su artículo 70.2.,

“No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que (*sic*) se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”⁴⁸.

Junto a éste, el artículo 100 (redención de penas por el trabajo) afirmaba textualmente que:

“Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la: libertad condicional (...)”.

⁴⁷ Tribunal Supremo, sentencia de 28 de febrero de 2006, N° 197/2006.

⁴⁸ BOE núm. 297, 12 de diciembre de 1973, p. 24004.

En su respuesta en sede de artículo 25.1 CE, el Tribunal Constitucional acudió a la jurisprudencia del TEDH para diferenciar entre “interpretación y aplicación de los tipos penales, subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista” y “ejecución de una pena privativa de libertad”, para negar así que la interpretación defendida por el Tribunal Supremo implique “el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación de cumplimiento legalmente previsto”⁴⁹. Para ello se buscó apoyo en las sentencias del TEDH en los asuntos *Grava c. Italia*⁵⁰ y *Gurguchiani c. España*⁵¹.

También se citó la sentencia del TEDH en el primero de los asuntos para reconocer que es posible, *a priori*, que se puede vulnerar el derecho a la igualdad (art. 14 CE) si no se observan las disposiciones legales en relación con el cómputo del tiempo de estancia en prisión, si ello implica un alargamiento de dicha permanencia. En todo caso, dicha posibilidad no fue suficiente a efectos de constatar una violación del citado precepto constitucional.

No hubo más aplicaciones de la doctrina del TEDH por la vía del artículo 10.2 CE. Ahora bien, la sentencia cuenta con los votos particulares de los Magistrados Pérez Tremps, por un lado, y AsúaBatarrita y Ortega Álvarez, por otro. En este sentido, en ambos encontramos valoraciones de la jurisprudencia del TEDH que contribuyen a fundamentar las posturas divergentes respecto de la mayoría del Pleno. Así, el primero de ellos, criticando el rechazo de la mayoría a apreciar si la utilización de la “Doctrina Parot” viola el derecho a la libertad personal del recurrente (art. 17.1 CE), expone que

“el Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en que cuando se trata de una privación de libertad, es especialmente importante respetar el principio general de la seguridad jurídica, siendo esencial que las condiciones de la privación de libertad estén claramente definidas en la legislación para hacer previsible su aplicación y dar cumplimiento a la garantía legal establecida por el Convenio, que exige que toda legislación sea suficientemente accesible, precisa y previsible para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad, permitiendo que el ciudadano –en su caso, con el oportuno asesoramiento jurídico– prevea, hasta un grado razonable conforme a las circunstancias del caso, las consecuencias que pueden derivarse de un acto concreto”.

Citando para ello las sentencias *M. c. Alemania* y *Oshurko c. Ucrania*⁵². De ello deduce el citado Magistrado que

“Atendiendo a estos principios, y tal como defendí en la deliberación, hubiera sido preciso afrontar el análisis de la resolución judicial impugnada en su contexto normativo y teniendo en cuenta, además, las peculiaridades del caso para verificar si la regulación del cómputo de la redención de penas por el trabajo que dio lugar al nuevo criterio interpretativo era lo suficientemente accesible y precisa para que pudieran preverse de manera razonable por el ciudadano las consecuencias jurídicas de sus actos, lo que incluye no sólo la pena a

⁴⁹ FJ nº 4.

⁵⁰ TEDH, *Grava c. Italia*, sentencia de 10 de julio de 2003, nº 43522/98, FJ nº 51.

⁵¹ TEDH, *Gurguchiani c. Italia*, sentencia de 5 de diciembre de 2009, nº 16012/06, FJ nº 31.

⁵² Voto concurrente del Magistrado Pérez Tremps, FJ nº 2. La referencia de las sentencias del TEDH es la siguiente: *M. c. Alemania*, sentencia de 17 de diciembre de 2009, nº 19359/04, FJ nº 90; *Oshurko c. Ucrania*, sentencia de 8 de septiembre de 2011, nº 33108/05, FJ nº 98).

imponer sino también, y por lo que ahora importa, la duración real y efectiva de la privación de libertad. A esos efectos, no cabe olvidar, que (...) el TEDH ha insistido en ese papel destacando que está al servicio de disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas, teniendo en cuenta la evolución de la práctica cotidiana [cita la sentencia del TEDH *Kafkaris c. Chipre*]⁵³.

En lo que respecta al segundo de los Votos, éste incide en que la jurisprudencia del TEDH rehúye los “formalismos apriorísticos” a la hora de establecer “la frontera entre pena y medidas de ejecución de la misma”:

“La Sentencia cita varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en apoyo de la ubicación de la redención de penas por el trabajo fuera del ámbito de tutela del art. 25.1 CE, pero tales resoluciones se refieren a beneficios penitenciarios de distinto y menor alcance que el que ahora tratamos, como antes he puesto de relieve [cita a continuación las sentencias *Gurguchiani c. España* y *Kafkaris c. Chipre*]. Precisamente los hechos del asunto *Kafkaris* contra Chipre presentan cierta semejanza con los que subyacen a la presente demanda de amparo puesto que se trataba de un cambio de interpretación del alcance real de la pena de prisión perpetua, pena que, pese a su denominación, según un determinado reglamento penitenciario implicaba una prisión de veinte años. El recurrente fue condenado a prisión perpetua pero al ingresar en prisión se le informó del alcance de la pena conforme a aquel reglamento penitenciario, donde constaba la fecha de acceso a la libertad condicional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en este caso que la cuestión residía en determinar «si el texto de la Ley, leído a la luz de la jurisprudencia interpretativa emanada al respecto, satisfacía los requisitos de accesibilidad y de previsibilidad». Igualmente estableció que el conocimiento y la aplicación de los reglamentos penitenciarios en aquella situación no era un asunto de mera ejecución de la pena, y que aunque la pena nominalmente impuesta era la misma que la que entonces se sometía a cumplimiento conforme a la nueva interpretación, aunque no se tratara de una imposición retroactiva de una pena más severa, el problema residía en la falta de «calidad de la Ley». Falta de calidad de la Ley que se aprecia porque en el momento de comisión del delito el derecho penal chipriota, tomado en su conjunto, no estaba formulado con la suficiente precisión como para permitir al recurrente discernir de forma razonable, acorde con las circunstancias, incluso con el asesoramiento apropiado, «el alcance de la pena de prisión perpetua y la forma de su ejecución», por lo que se declara la conculcación del art. 7 del Convenio a este respecto (§ 150)⁵⁴.

Una vez emplazada la “Doctrina Parot” en el ámbito de aplicación del art. 7.1 del CEDH, el Voto discrepante abundará en la jurisprudencia del TEDH a efectos de cuestionar la aplicabilidad al caso del recurrente de la variación jurisprudencial operada por el Tribunal Supremo. Para ello intentará aproximar la *ratio* del recurso de amparo al supuesto de hecho que dio origen a las sentencias *Mihai Toma c. Rumania* y *Alimuçaj c. Albania*:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado recientemente en dos supuestos que presentan elementos comunes con la situación que ahora nos ocupa puesto que en ambos la aplicación judicial de la norma penal había forzado la interpretación para acomodarla al tenor de una reforma introducida con posterioridad a los hechos que endurecía el tratamiento punitivo. Así se declara la vulneración del art. 7 del Convenio en la STEDH de 24 de enero de 2012, *Mihai Toma c. Rumania*, en relación a la sanción de

⁵³ Voto concurrente del Magistrado Pérez Tremps, FJ nº 2. *Vid.* TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, sentencia de 12 de febrero de 2008, nº 21906/04, FJ nº 140.

⁵⁴ Voto concurrente de los Magistrados AsúaBatarrita y Ortega Álvarez, FJ nº 3.

privación del permiso de conducir prevista como sanción de aplicación facultativa en el momento de los hechos, que una posterior reforma convirtió en obligatoria. En línea similar, si bien respecto a la tipificación de la conducta delictiva, en la STEDH de 7 de febrero de 2012 *Alimuçaj c. Albania*, se declara la vulneración del art. 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por haber aplicado el juzgador una interpretación extensiva e imprevisible para la imposición de una pena más grave que la prevista en el momento de los hechos, penalidad que se acomodaba a la nueva previsión punitiva de la estafa piramidal introducida en el Código Penal poco después de la comisión del conjunto de estafas enjuiciadas”⁵⁵.

Asier Garrido Muñoz

2. El régimen de la doble instancia penal

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 30 de enero de 2012- Ponente: Excmo. Sr.ª. Celsa Pico Lorenzo, RJ\2012\3240,*F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de marzo de 2012 Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García, RJ\2012\3794,*F.: Aranzadi (Westlaw)*

En estos pronunciamientos se mantiene la jurisprudencia relativa a la doble instancia penal, que tiene su base en la STC 42/1982, de 5 de julio (RTC1982/42), según la cual la casación penal cumple con las exigencias de una doble instancia, sin que se entienda que infrinja la exigencia de una doble instancia prevista en el art. 14. 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, si bien se ha matizado progresivamente a partir de la necesidad de interpretar este recurso de casación de la forma más favorable para su eficacia⁵⁶.

En el primer asunto, el TS rechazó un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sección Octava), de 17 de julio de 2010, en la que se inadmitía una reclamación indemnizatoria vinculada con la situación de la doble instancia penal. El Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de enero se hace eco de la decisión del TEDH, “Sentencia de 13 de diciembre de 2011 (TEDH 2011, 106), asunto *Valvueda Redondo* (FJ 3 in fine), en la que se condena a España como consecuencia de la posibilidad de condena en segunda instancia⁵⁷, aunque no extrae ninguna consecuencia en su razonamiento. Como se sabe, la entrada en vigor del Protocolo nº 7 del CEDH, en el que se garantiza el principio de la doble instancia, permite encontrar un nuevo apoyo normativo para la modificación de la normativa relativa a la segunda instancia penal.

⁵⁵*Ibid*, FJ nº 5.

⁵⁶*Vid.*, *REDI*, vol. LXIII, 2010, núm. 2, p. 228.

⁵⁷ Sobre este pronunciamiento y en general, las exigencias con respecto a un examen directo y personal del causado en las sentencias absolutorias que son sustituidas en apelación por sentencias condenatorias, *vid.*, M. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “La supuesta garantía de la inmediación en la segunda instancia penal española. Seis sentencias condenatorias del TEDH en menos de tres años”, *RGDE*, 27, 2012, p. 9 y ss.

Con todo, en su Sentencia de 6 de marzo de 2012, en el marco de un recurso por infracción de ley y quebrantamiento de forma, el Tribunal Supremo destaca que la casación cumple su función original de garantizar la idéntica interpretación y aplicación de la ley. De esta forma, en un asunto en el que la casación descansa sobre un recurso de apelación, viene a asumir la función natural de recurso extraordinario dirigido a garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, aunque sin cuestionar directamente la función que lleva a cabo la casación en los delitos competencia de las Audiencias, deja traslucir también su valoración negativa sobre este sistema, resaltando en cambio la diferente situación de la casación cuando descansa en una previa apelación: “En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984 y no ratificado por España (sic), se articula en la Ley del Jurado en recurso de apelación”; a diferencia de cuando la casación se aplica como segunda instancia “bien que esta supla y cumpla con la exigencia de una segunda instancia tal y como exige el art. 14. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (RCL 1977, 893) ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, (...) se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior”.

J. Laso

VI. ASILO Y APATRIDIA

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 16 de enero de 2012, Ponente: Excma. Srª. Ana Isabel Gómez García, JUR\2012\23152, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 19 de enero de 2012, Ponente: Excmo. Sr. José Alberto Fernández Roderá, JUR\2012\44715, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 27 de enero de 2012, Ponente: Excmo. Sr. José Alberto Fernández Roderá, JUR\2012\53851, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 13 de febrero de 2012, Ponente: Excmo. Srª. Ana Isabel Gómez García, JUR\2012\72933, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 20 de febrero de 2012, Ponente: Excmo. Srª. Ana Isabel Gómez García, JUR\2012\83466, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 4 de abril de 2012, Ponente: Excmo. Srª. Ana Isabel Martín Valero, JUR\2012\138490, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 7 de mayo de 2012, Ponente: Excmo. Srª. Ana Isabel Gómez García, JUR\2012\169174, *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Terminábamos la anterior crónica de jurisprudencia en materia de asilo y apatridia con una referencia a sendas sentencias del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional relativas a la aplicación de las disposiciones del Reglamento n.º 343/2003 (“Reglamento Dublín II”)⁵⁸ en materia de determinación del Estado miembro responsable de la solicitud de asilo. En este apartado daremos cuenta de nuevo de este aspecto toda vez que, como constatábamos en el número 22 de esta Revista, los órganos judiciales de apelación en materia de asilo desconocían la reciente (y muy relevante) jurisprudencia del TEDH en la materia⁵⁹.

Como es sabido, el TJUE dictó a finales del año pasado una importante sentencia en el asunto *N.S. y otros*. En términos generales, en ella se discutía en qué medida los Estados miembros de la UE *pueden o deben* utilizar la “cláusula de soberanía” del artículo 3.2 del Reglamento Dublín II (que permite a los Estados tramitar una solicitud de asilo aún cuando no le corresponda en virtud de los criterios establecidos en dicho Reglamento), siempre que se determine que el Estado miembro responsable de examinar la solicitud no respeta los derechos fundamentales de los solicitantes. En su respuesta a la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)*, el Tribunal de Justicia determinó, entre otros aspectos, que el principio de confianza mutua que sostiene el mecanismo del Reglamento no exige presumir *iuris et de iure* que el Estado de reenvío va a respetar los derechos humanos del solicitante. Por ello, sostiene el Tribunal, los Estados

“no pueden ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá el riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición”⁶⁰

Es igualmente sabido que la raíz de este asunto se sitúa en las serias carencias que vienen afectando al sistema griego de asilo. Son éstas de tal gravedad que, por un lado, el ACNUR recomendó en 2008 a los Estados de la UE que no reenviaran a los demandantes de asilo en Grecia en aplicación del Reglamento Dublín II⁶¹; y por otro

⁵⁸ DO L 50/1, 25.2.2003.

⁵⁹ TEDH, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sentencia de 21 de enero de 2011, n.º 30696/09.

⁶⁰ TJUE, *N.S. y otros*, sentencia de 21 de diciembre de 2011, C-411/10 y C-493/10, FJ n.º 106. Entre otros muchos, *vid.* sobre esta sentencia el reciente comentario de GARCÍA ANDRADE, P.: “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los derechos fundamentales: comentario a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N.S. y M.E. y otros”, *Revista General de Derecho Europeo*, 27 (2012) 1-34, <http://www.iustel.com/v2/revistas/>.

⁶¹ ACNUR, *Posición del ACNUR relativa al retorno de solicitantes de asilo a Grecia de conformidad con el Reglamento de Dublín*, 15 de abril de 2008.

lado, el TEDH condenó a Grecia y Bélgica en el asunto *M.S.S.* por violación de los artículos 3 y 13 CEDH.

Pues bien, estos desarrollos no han impedido que la Audiencia Nacional siga interpretando las disposiciones del Reglamento Dublín II en materia de reenvío de manera estricta; es decir, sin considerar la responsabilidad *indirecta* que el TEDH deduce de los artículos 3 y 13 CEDH para los Estados partes en el CEDH por el reenvío de los solicitantes de asilo a Grecia; así las posibilidades que el TJUE deduce de la interacción entre la Carta de Derechos Fundamentales y el Reglamento Dublín II. En definitiva, se siguen aplicando de manera mecánica los procedimientos del Capítulo V del Reglamento.

Así, si bien parte de las sentencias enunciadas en la lista que ofrecemos se refieren al reenvío de solicitantes de asilo a países como Italia o la República Checa por motivos de procedimiento⁶²; tres de ellas discutieron las condiciones de reenvío al país heleno. En este punto, es de notar que la Audiencia Nacional desoye las recomendaciones del ACNUR y se centra exclusivamente en el aspecto de los plazos. Por ello una de estas sentencias, la de 16 de enero, reconoce la responsabilidad de España de hacerse cargo de la solicitud, pero no por motivos humanitarios, sino por el transcurso de los seis meses de plazo para efectuar el traslado del solicitante de asilo a Grecia (artículo 19.4 del Reglamento Dublín II). Aún más ilustrativa es si cabe la sentencia de 13 de febrero, que dispone de la siguiente manera de las argumentaciones de la recurrente y el ACNUR:

“Pues bien, en el presente caso, la resolución de denegación de estudio de la solicitud se dictó y notificó al interesado antes de que concluyese el plazo para su traslado a Grecia, por lo que no correspondería a España, *en ningún caso*, el conocimiento de la solicitud, conforme a los criterios establecidos en el propio Reglamento. Y tampoco hay constancia de que se hayan incumplido los plazos establecidos para el traslado al país responsable, pues ni siquiera en el momento en que el interesado manifestó su voluntad de interponer el presente recurso y solicitó el beneficio de justicia gratuita había vencido dicho plazo.

En consecuencia, la resolución sometida a juicio de legalidad en este recurso es ajustada a Derecho, *sin que quepa apreciar la concurrencia de circunstancias posteriores que determinen que España haya de asumir la responsabilidad del estudio de la solicitud de asilo*”⁶³.

Asier Garrido Muñoz

⁶² Véanse las sentencias de 27 de enero, 20 de febrero, 4 de abril y 7 de mayo.

⁶³ Sentencia de 13 de febrero, FJ nº 5, énfasis añadidos.