

Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España (Enero - junio 2011)

Juan Santos Vara* y Asier Garrido Muñoz¹

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

I. INTRODUCCIÓN

En la presente crónica se incluye una selección de los pronunciamientos judiciales más relevantes de los jueces y tribunales españoles en relación con la interpretación y aplicación del Derecho Internacional en España durante los seis primeros meses de 2011. Si bien la mayoría de las decisiones judiciales seleccionadas se refieren a este período, se han incluido también algunas sentencias y autos posteriores que presentan un gran interés.

En relación con el derecho de los tratados, el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en los últimos meses en numerosos asuntos en relación con la patentabilidad de los productos químicos y farmacéuticos en España, el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre España y la Santa Sede de 1979 y el Convenio de 1951 entre las Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas y el Protocolo de 1952 sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales.

En el apartado relativo a la jurisdicción universal se ha incluido el Auto del Juez Eloy Velasco, de 30 de mayo de 2001, mediante el que se dictó una orden de busca y captura nacional e internacional contra veinte personas de nacionalidad salvadoreña, procesados como responsables de haber cometido crímenes de lesa humanidad, terrorismo y asesinato en El Salvador, y el Auto del mismo Juez en el que acuerda 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

La presente crónica se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Las relaciones entre la UE y NU: hacia la defensa del multilateralismo eficaz”, DER2008-05419/JURI, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

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

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

conflicto armado. También se ha seleccionado el Auto del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2011, en el que se rechaza la posibilidad de continuar la investigación relativa a los crímenes contra la humanidad cometidos en el Tíbet en los meses que precedieron a los juegos olímpicos de 2008, y la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 3 de mayo de 2011, relativa al secuestro del atunero *Alakrama*.

Pasando a la sección de derechos humanos, se incluye el análisis de varias sentencias del Tribunal Constitucional, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en materia de aplicación del mandato establecido en el art. 10.2 CE. Siguiendo la línea habitual del juez español, la integración de los principales tratados internacionales en materia de derechos es moneda de cambio común. A menudo el uso que se realiza de este mecanismo de integración normativa no plantea mayores problemas, como tendremos la oportunidad de exponer. Sin embargo, entendemos que en alguna decisión concreta la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional respecto de la jurisprudencia del TEDH es cuestionable (véase sobre todo la STC 150/2011), o las referencias realizadas al Derecho Internacional son más que imprecisas (véase el Voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2011). Junto a estos aspectos, no podemos pasar por alto en esta sección el importante ATC 86/2011, primera cuestión prejudicial planteada por el Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el que la articulación entre los mecanismos de protección de derechos humanos de la UE y los Estados miembros plantea interrogantes de la máxima importancia.

Después de repasar la jurisprudencia en materia de doble instancia penal (donde los tribunales españoles abundan en la doctrina sobre la conformidad de la casación penal con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–), el final de esta Crónica lo marca una selección de sentencias en materia de asilo y refugio. Es verdad que en este punto los pronunciamientos suelen ser casuísticos, valorando en general la veracidad de los elementos fácticos alegados o escudriñando la aplicabilidad de las condiciones de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados a los hechos planteados. No obstante, hemos encontrado aspectos jurídicos para el debate en sendas decisiones de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo relativas al traslado de solicitantes de asilo a Grecia, en cumplimiento con lo dispuesto en el Reglamento Dublín II. Lo particular de ambas es que fueron pronunciadas *después* de la sentencia del TEDH en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, donde ambos Estados fueron condenados por violación del art. 3 del Convenio debido a las condiciones degradantes que sufren los demandantes de asilo en el país heleno. En este sentido, tomamos nota de cómo el juez español desconoce un pronunciamiento del TEDH cuyas consecuencias últimas, por cierto, son objeto de debate en una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE.

II. TRATADOS INTERNACIONALES

1. Aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 16 de septiembre de 2011. Recurso de Casación núm. 2534/2010. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 3 de marzo de 2011. Recurso de Casación núm. 2790/2010. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 309/2011 (Sala de lo Civil), de 10 de mayo de 2011. Recurso de Casación núm. 575/ 2008. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

F.: Aranzadi (Westlaw)

El Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en los últimos tiempos en numerosos asuntos en relación con la patentabilidad de los productos químicos y farmacéuticos en España². Se trata de un grupo de casos que presenta un gran interés, pues el razonamiento seguido por el Alto Tribunal gira en torno a la interpretación de la regla sobre la aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia y a la aplicación directa del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC). Con anterioridad a la adhesión de España a las Comunidades Europeas no era posible realizar patentes de productos químicos o farmacéuticos en virtud del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1926. Tan sólo se admitían las patentes de procedimiento. Antes de adentrarnos en el examen de fondo de las sentencias es necesario referirse a los hechos que subyacen detrás de este grupo de sentencias.

En el marco de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, nuestro país se comprometió a adherirse al Convenio Europeo de Patentes (CPE) de 1973. Con el objetivo de facilitar la adhesión de algunos países, el CPE permitió la posibilidad de formular una reserva a fin de no aplicar el Convenio a patentes de productos químicos, farmacéuticos y alimenticios. Esta reserva se previó por un período de diez años desde la entrada en vigor del Convenio, ampliables por otros cinco como máximo (art. 167 CPE). En uso de esta facultad España formuló una reserva excluyendo la posibilidad de que las patentes europeas referidas a productos químicos y farmacéuticos surtieran efectos en España. La vigencia de la mencionada reserva se mantuvo en España hasta el 7 de octubre de 1992. Sin embargo, sus efectos se prorrogaron en el tiempo, pues en el artículo 167 CPE se prevé que los efectos de esta reserva subsistan durante toda la duración de estas patentes.

² Sobre esta jurisprudencia se puede consultar la *REEI*, n.º 21, la *REDI*, 2011, n.º 2, pp. 184 y ss., la *REDI*, 2008, n.º 2, p. 542 y ss.

El problema se plantea a partir de la ratificación por España del ADPIC en 1995. El artículo 27 señala que las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimiento. En el artículo 70.2 se prevé que “salvo disposición en contrario, el presente Acuerdo genera obligaciones relativas a toda la materia existente en la fecha de aplicación del presente Acuerdo para el Miembro de que se trate y que esté protegida en ese Miembro en dicha fecha, o que cumpla entonces o posteriormente los criterios de protección establecidos en el Presente Acuerdo (...)”. Asimismo, es oportuno recordar que en el artículo 70.7 se afirma que “en el caso de los derechos de propiedad intelectual cuya protección esté condicionada al registro, se permitirá que se modifiquen solicitudes de protección que estén pendientes en la fecha de aplicación del presente Acuerdo para el Miembro de que se trate para reivindicar la protección mayor que se prevea en las disposiciones del presente Acuerdo. Tales modificaciones no incluirán materia nueva”. Por lo tanto, se plantea en este grupo de asuntos si la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC deja sin efecto la prolongación de la ineficacia de las patentes de que se trata, de modo que éstas adquieren plena vigencia. En otras palabras, se plantea si se ha de aplicar la regla –prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969- según la cual en caso de contradicción entre dos tratados sucesivos sobre una misma materia, debe prevalecer el tratado posterior sobre el anterior.

Varias compañías farmacéuticas han solicitado ante la Oficina España de Patentes y Marcas la publicación de las revisiones de patentes europeas valiéndose de la facultad prevista en el artículo 70 del ADPIC. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, hasta 1992 sólo era posible obtener patentes de procedimientos, no de productos farmacéuticos. Las decisiones denegatorias han sido confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En los recursos entablados ante el Tribunal Supremo, los recurrentes alegan, entre otros motivos, la vulneración de artículo 70.2 y 7 del ADPIC.

En las Sentencias de 3 de marzo y 16 de septiembre se contiene un párrafo idéntico en el fundamento jurídico sexto que nos muestra claramente el razonamiento jurídico seguido por el Tribunal que, por su interés, reproducimos a continuación:

“en todo caso la entrada en vigor en España del ADPIC, vinculante para el Estado español a partir del 1 de enero de 1996, según lo dispuesto en el artículo 65.1 del mismo, despeja cualquier duda que pudiera mantenerse respecto a posibles efectos de la reserva sobre las patentes afectadas por ella, dado que debe prevalecer sobre el Convenio de la Patente Europea el reconocimiento expreso por parte del ADPIC de la posibilidad, no ya de admitir las reivindicaciones de productos farmacéuticos, sino de hacerlo para aquellos supuestos en que no había sido posible con anterioridad como consecuencia de decisiones nacionales –como el caso de las reservas” (Fundamento Jurídico sexto).

En consecuencia, el Tribunal Supremo acoge acertadamente en ambas sentencias la posibilidad de revisar la publicación de la patente. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho internacional el razonamiento seguido por la Sala de lo Civil del Tribunal

Supremo en la Sentencia de 10 de mayo es más sólido que en las Sentencias de 3 de marzo y 16 de septiembre. El Tribunal Supremo examina detenidamente si las disposiciones contenidas en los artículos 27.1 y 70.2 del ADPIC son normas directamente aplicables, concluyendo que

“son normas claras, precisas e incondicionales, que no precisan de mecanismo complementario, como desarrollo legal o reglamentario, y que tienen carácter sustantivo civil generando derechos y obligaciones para los particulares (en cuanto que las patentes constituyen derechos de carácter patrimonial). Por lo tanto, nos hallamos ante normas del ordenamiento jurídico interno, auto-ejecutivas (“self-executing”) y de aplicación directa pro los órganos jurisdicciones (...)” (Fundamento Jurídico cuarto).

Asimismo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo incluye amplias referencias a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, a las resoluciones del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. En este sentido, el Tribunal Supremo destaca que

“la Reserva al CPE no es un acuerdo sino una declaración unilateral de España, que no le supone obligación alguna respecto de la Organización Europea de Patentes, constituyendo únicamente una facultad, de modo que podría retirar la reserva sin contradecir el CPE, el cual incluso la alienta (art. 167.4). Por ello, una afectación de la Reserva por el A-ADPIC en nada menoscaba el CPE; más bien al contrario, contribuye a la unificación del Derecho europeo en la materia, que es uno de los anhelos (...) que impregnan la regulación unitaria” (...)” (Fundamento Jurídico cuarto).

Juan Santos Vara

2. Convenio de 1951 entre las Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas y Protocolo de 1952 sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 20 de junio de 2011. Recurso de Casación núm. 3663/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Esta Sentencia constituye el último episodio judicial en relación con la determinación de si los nacionales españoles adscritos a los cuarteles de la OTAN en España tienen derecho al reconocimiento de la exención del Impuesto Especial de Hidrocarburos para el consumo de carburantes por vehículos de su propiedad. La Audiencia Nacional se ha enfrentado a esta cuestión en el pasado en otras sentencias de la que hemos dado cuenta en esta crónica³. Frente a la pretensión de la Administración de que los miembros de nacionalidad española incorporados a los cuarteles de la OTAN no tienen derecho a la mencionada exención del Impuesto Especial de Hidrocarburos, la Audiencia Nacional ha defendido la tesis contraria. El razonamiento seguido por la Audiencia Nacional se

³ REEI, 2007, nº 14, y 2011, nº 21.

ha basado en la interpretación del Protocolo de 1952 sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte y del Acuerdo de 2000 entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, relativo a las condiciones especiales aplicables al establecimiento y explotación en territorio español de un Cuartel General Militar Internacional.

El recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2007, en la que se reconoció a un nacional español, que presta sus servicios en el Cuartel General de la OTAN, la exención sobre el Impuesto Especial de Hidrocarburos, situado en Retamares (Madrid), ha permitido al Tribunal Supremo pronunciarse sobre esa interesante cuestión. Al igual que la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo no ha dudado en aceptar la primacía del Protocolo de 1952 relativo al Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales sobre las normas impositivas internas. El Tribunal descarta la aplicación al presente caso del Convenio de Londres de 1951, relativo al Estatuto de las Fuerzas de los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte, pues este instrumento jurídico se refiere al régimen de que van a gozar las fuerzas armadas visitantes de los otros Estados parte. El Tribunal Supremo pone también de manifiesto que el estatuto de los Cuarteles Militares internacionales de la OTAN viene regulado por el Protocolo de París de 1952, relativo al Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado de la OTAN, el cual ha sido complementado en el caso de España mediante el Acuerdo Complementario de 2000. El Tribunal Supremo afirma que

“El SOFA (Convenio de 1951) no puede aplicarse a las Fuerzas presentes en su propio territorio nacional, lo que es aplicación del reconocido principio general por el que un nacional no disfruta de inmunidades en su Estado de origen. Sin embargo, debe resaltarse que en el Protocolo (de París 1952), se garantiza un status similar a todos los miembros de la fuerza, siendo irrelevante su nacionalidad, ya que ellos están adscritos a un Cuartel general Aliado (...)” (Fundamento Jurídico tercero).

Si bien la interpretación de las normas internacionales que realiza el Tribunal Supremo es similar a la llevada a cabo por la Audiencia Nacional en el pasado, el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo es más sólido y elaborado. La regla de Derecho internacional que otorga primacía a los tratados internacionales sobre las normas del ordenamiento interno está presente constantemente en esta Sentencia. En definitiva, tanto el Protocolo de 1952 como el Acuerdo Complementario de 2000 no permiten un tratamiento desigual de los nacionales españoles que presten servicios en el Cuartel de la OTAN respecto de los nacionales de otros Estados miembros. La doctrina establecida en esta sentencia ha sido reiterada posteriormente en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 29 de junio de 2011.

Juan Santos Vara

3. Acuerdos con la Santa Sede

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 51/2011, de 14 de abril de 2011. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Aragón Reyes.

F.: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>

El sistema previsto en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre España y la Santa Sede de 1979 para la selección y el nombramiento de los profesores de religión católica ha dado lugar a una alta conflictividad ante nuestros tribunales. El artículo III del Convenio establece que la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario Diocesano proponga. El problema se plantea cuando el contrato no es renovado por considerar que el profesor no cumple con el nivel de testimonio de vida cristiana exigido al margen de sus competencias y aptitudes pedagógicas. En el presente caso, la recurrente no fue propuesta para el siguiente curso escolar por el Ordinario Diocesano por haber contraído matrimonio civil, lo que determinó la extinción de la relación laboral que venía manteniendo con la Junta de Andalucía.

En la Sentencia sobre la que versa la presente nota se incluyen amplias referencias a la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007⁴. En aquella Sentencia el Tribunal Constitucional desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre España y la Santa Sede de 1979 y aceptó plenamente la constitucionalidad del sistema previsto para la selección de los profesores de religión católica. Se estimó que la necesidad de obtener la idoneidad basada en consideraciones de índole moral y religiosa no implica que la designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado. En el presente asunto, la recurrente alegó que la decisión de la Junta de Andalucía, adoptada sobre la base de la propuesta del Ordinario Diocesano, supuso una vulneración de sus derechos a no ser discriminada por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE).

Si bien el Tribunal Constitucional menciona constantemente en su razonamiento jurídico la Sentencia 38/2007, modula las consecuencias de su doctrina jurisprudencial anterior. El Tribunal Constitucional afirma que

“La decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar (por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico no justifica, por

⁴ En la Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España, publicada en la *REEI*, 2007, nº 14, se han comentado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, de 15 de febrero. Para obtener una visión más extensa de esta cuestión vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *REDI*, 2011, Vol. LXIII, nº 2, pp. 198-202.

sí sola la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas (...)” (Fundamento Jurídico Doce).

En definitiva, el Tribunal Constitucional procede a otorgar el amparo por vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio y a la intimidad personal y familiar. Es digno de resaltar que el Tribunal incluye amplias referencias a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a los derechos protegidos en la presente Sentencia. De la lectura de esta decisión judicial se extrae la conclusión de que es necesario revisar el Acuerdo con la Santa Sede para adecuarlo plenamente al marco constitucional, si bien el Tribunal Constitucional no lo reconoce expresamente

Juan Santos Vara

III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Auto del Tribunal Supremo núm. 1566 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 6 de octubre de 2011. Recurso de Casación núm. 857/2011. Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

En el presente Auto, el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de continuar la investigación relativa a los crímenes contra la humanidad cometidos en el Tibet en los meses que precedieron a los juegos olímpicos de 2008. El Juez Santiago Pedraz afirmó el 5 de agosto de 2008 que los hechos imputados a varios altos cargos del Gobierno chino constituían un delito de lesa humanidad, tipificado en el artículo 609 bis del Código Penal, “dada la supuesta causación intencionada de muerte o lesiones graves, la desaparición forzada, la detención y privación de libertad con infracción de las normas internacionales al efecto, y las torturas denunciadas”⁵.

Tras la entrada en vigor de la modificación que restringe el alcance de la jurisdicción universal en nuestro país, el mismo Juez Pedraz, titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1, procedió a archivar la causa relativa al Tibet mediante Auto de 26 de Febrero de 2010, al considerar que no concurrían ninguno de los vínculos de conexión exigidos por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el artículo 23.4 de la LOPJ. El 27 de octubre de 2010, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juez Pedraz de 26 de febrero de 2010. Posteriormente, la Sala de lo Penal de la Audiencia determina que no ha lugar a tener por preparado el recurso de casación contra el Auto de 27 de Octubre de 2010 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El 28 de febrero de 2011, la misma Sección de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que ha adoptado el presente Auto aceptó, sin entrar a dilucidar el fondo del asunto, el recurso de queja interpuesto por los querellantes del caso Tibet. En consecuencia, se anuló el

⁵ Auto de 5 de agosto de 2008, p. 2. De este auto hemos dado cuenta en la presente crónica, *REEI*, nº 17, 2009.

Auto de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2010, en el que se denegaba la preparación del recurso de casación.

Desgraciadamente, el Tribunal Supremo pone fin a la posibilidad de seguir investigando los crímenes cometidos en el Tibet en 2008. A juicio de los recurrentes la decisión de archivar el caso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, al desconocer el contenido de los tratados ratificados por nuestro país y no tener en cuenta la existencia de vínculos de conexión con España, tal y como exige en la actualidad el artículo 23 LOPJ. A este respecto, los recurrentes se han referido a las normas de derecho consuetudinario en materia de delitos de lesa humanidad, torturas y crímenes de guerra, así como a los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Nuremberg, Tokio, exYugoslavia, Ruanda y Corte Penal Internacional. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima estos argumentos alegando que el ejercicio de la jurisdicción universal en España está supeditada a la existencia de un vínculo de conexión relevante con España, tal y como exige el artículo 23.4 LOPJ, a saber que los presuntos criminales se encuentren en España, existan víctimas españolas o concurra algún vínculo de conexión relevante con España. El Tribunal Supremo señala que, si bien se trata de un “concepto jurídico indeterminado”, la reforma introducida en 2009 corrige la interpretación expansiva de la jurisdicción universal, que el propio Tribunal Supremo había criticado en el pasado. Los vínculos de conexión alegados serían los siguientes: la doble incriminación de los hechos alegados, la existencia de una víctima española y las repercusiones de la expansión económica de China. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que los argumentos alegados no tienen la suficiente entidad para considerar que existe un vínculo de conexión relevante con España. Por último, el Tribunal desestimó el argumento de las partes recurrentes relativo a la prohibición de la retroactividad de las normas penales o restrictivas de derechos fundamentales. Se señala que la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre no ha establecida ninguna cláusula de salvaguarda que imponga este tipo de limitaciones a su ámbito de aplicabilidad.

La limitación del alcance del principio de jurisdicción universal ha tenido en los últimos meses importantes consecuencias prácticas. En 2010 se ha archivado también el caso *Gaza* y más recientemente, en abril de 2011, se ha acordado el sobreseimiento del caso Guantánamo relativo al asesoramiento legal que suponía una justificación del maltratado dispensado a los prisioneros de guerra, del que damos cuenta a continuación. Por lo tanto, a la luz de estas circunstancias no sorprende el contenido del presente pronunciamiento. Afortunadamente para las víctimas tibetanas y los recurrentes todavía sigue abierto el otro caso relativo al genocidio cometido con ocasión de la ocupación china del Tibet a partir de 1972, del que conoce el Juzgado de Instrucción nº 2.

Juan Santos Vara

Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de 30 de mayo de 2011.
Magistrado-Juez: Eloy Velasco Núñez.

El pasado 30 de mayo de 2011, el Juez Eloy Velasco, titular del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional nº 6 dictó una orden de busca y captura nacional e

internacional contra veinte personas de nacionalidad salvadoreña, procesados como responsables de haber cometido crímenes de lesa humanidad, terrorismo y asesinato en El Salvador. Este pronunciamiento judicial se enmarca en la investigación iniciada a principios de 2009 en relación con el asesinato, que tuvo lugar el día 16 de noviembre de 1989, de los jesuitas de origen español y nacionalizados salvadoreños Ignacio Ellacuría Beascoechea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Armando López Quintana, Juan Ramón Moreno Pardo, el sacerdote salvadoreño Joaquín López López, y su empleada doméstica Julia Elba Ramos, y la hija de ésta Celina Mariceth Ramos.

El caso de “los jesuitas” se inició a raíz de una querrela interpuesta por la Asociación Pro Derechos Humanos de España y la Asociación Estadounidense Center for Justice and Accountability el 13 de noviembre de 2008. El Juez Eloy Velasco aceptó iniciar la investigación de los crímenes cometidos en El Salvador el 12 de enero de 2009 sobre la base del principio de jurisdicción universal. Sin embargo, dado que en la acción popular sólo gozan de legitimación los ciudadanos españoles, el Juez Velasco admitió como acción popular exclusivamente a la Asociación Pro Derechos Humanos de España, y planteo una cuestión de constitucionalidad en relación con la limitación de la acción popular, tal y como está regulada en los artículos 19 LOPJ y 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El 16 de junio de 2009, el Tribunal Constitucional señaló que la admisión del principio de jurisdicción universal en nuestro ordenamiento jurídico no implica la universalización de la *actio popularis*, prevista en las normas procesales internas⁶.

A la luz de las diversas pruebas practicadas se estima que ha quedado suficientemente acreditada la implicación de los procesados en la comisión de los crímenes cometidos en la Universidad Centroamericana en 1989. En el Auto se señala que la muerte de los jesuitas se produjo en el contexto de enfrentamiento armado entre el gobierno militar y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), en el cual los sacerdotes trataron de buscar una solución negociada a la guerra civil, que se saldó finalmente con más de 50.000 muertes. El Juez Velasco también pone también de manifiesto que no se puede considerar que el enjuiciamiento de los procesados supusiera una vulneración del principio *ne bis in idem*, pues el procedimiento penal que se simuló a principios de los años noventa en El Salvador terminó en impunidad absoluta. A la lógica alegría de los familiares de las víctimas y de cuantas personas luchan por enjuiciamiento de los criminales ha seguido una cierta desazón ante los obstáculos que está poniendo el gobierno de El Salvador para detener y entregar a España a los procesados. En definitiva, a pesar de los avances sustanciales que se han producido en la investigación del caso de “los jesuitas”, no parece previsible que sean extraditados a España. Posteriormente, el Consejo de Ministros adoptó la decisión formal de solicitar la extradición de quince de los militares acusados del asesinato de los jesuitas⁷.

Juan Santos Vara

⁶ A esta cuestión nos hemos referido en la Crónica sobre la aplicación del Derecho Internacional Público, publicada en la *REEI*, 2011, nº 21, p. 17.

⁷ *El País*, 2 de diciembre de 2011.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 3 de mayo de 2011. Ponente: Excm. Sra. Carmen Paloma González Pastor. *F.: Centro de Documentación Judicial (Cendoj)*

Como es bien sabido el atunero *Alakrana* fue secuestrado el 2 de octubre de 2009 cuando se encontraba faenando a 120 millas náuticas de la costa de Somalia, en un lugar que se enmarca en el área de operaciones definida por la Unión Europea para la operación *Atalanta* de lucha contra la piratería. El buque fue abordado por unas 12 personas con armas de fuego, que se acercaron a la embarcación con dos esquifes. Al día siguiente del secuestro del buque, dos de los secuestradores abandonaron el atunero *Alakrana*, llevándose consigo varios de los objetos de valor y dinero que había sustraído de la caja fuerte del buque y de los propios tripulantes del buque. El desembarco fue detectado por la fragata Canarias, que formaba parte de la operación *Atalanta* de la UE, la cual logró la detención del esquife y de los dos ocupantes. Los detenidos permanecieron en la fragata hasta su desembarco en Yibuti, y fueron posteriormente trasladados a España para ser puestos a disposición judicial.

Antes de adentrarse en el examen jurídico de la calificación de los hechos, la Audiencia Nacional analiza la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de este tipo de asuntos. La jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los actos de piratería enjuiciados se fundamenta en los siguientes instrumentos jurídicos: el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 10 de marzo de 1988, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CNUDM), la Acción Común 2008/851 PESC del Consejo, de 10 de noviembre, relativa a la operación *Atalanta*, así como en las resoluciones del Consejo de Seguridad 1814, 1816 y 1838 (2008). En estos instrumentos internacionales el ejercicio de la jurisdicción penal no aparece condicionada a la concurrencia de vínculos de conexión con intereses del Estado que realice la detención de las personas implicadas en la comisión de actos de piratería, tal y como exige el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de noviembre. En efecto, el artículo 105 de la CNUDM faculta a apresar en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de otro Estado, a un buque pirata o capturado por piratas, atribuyendo a los tribunales del Estado que haya realizado el apresamiento el enjuiciamiento de los hechos, no exigiendo la concurrencia de ningún vínculo de conexión relevante. Como se ha señalado recientemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional al tratarse de un caso en el que concurren varios vínculos de conexión con nuestro país “no despeja las dudas en cuanto al ejercicio de la competencia de los tribunales españoles cuando en un caso determinado de piratería no haya ninguna vinculación con España”⁸. Finalmente, los dos piratas detenidos han sido condenados por la comisión de un delito de asociación ilícita, 36 delitos de detención ilegal, robo con violencia y 36 delitos contra la integridad moral, pues los hechos tuvieron lugar antes de que se introdujera la tipificación del delito de piratería mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Juan Santos Vara

⁸ ESPALIÚ BERLUD, C.: Jurisprudencia Española en Materia de Derecho Internacional Público, *REDI*, 2011, vol. LXIII, nº 2, p. 211.

Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de 13 de abril de 2011.

Magistrado-Juez: Eloy Velasco Núñez.

F.: <http://ccrjustice.org/files/13%20April%202011%20Order%20SPAN.pdf>

Mediante el presente Auto el Juez Eloy Velasco acuerda 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. Su labor consistió en justificar jurídicamente el sistema de detenciones y torturas puesto en marcha por Estados Unidos en el contexto de la denominada “guerra contra el terrorismo”. El Juez Velasco había emitido una Comisión Rogatoria Internacional a Estados Unidos para que le informara si los hechos denunciados están o no siendo investigados o perseguidos por las autoridades norteamericanas. En la respuesta del Departamento de Justicia de los Estados Unidos se afirma que se está llevando a cabo la investigación efectiva del caso. Después de constatar que no concurre ninguno de los vínculos de conexión exigidos por el artículo 23.4 LOPJ, el Juez Velasco procede a archivar la causa en aplicación del principio de subsidiariedad de la jurisdicción universal y del carácter preferente de la jurisdicción de los Estados Unidos. Además, el Magistrado señala que el requisito de la subsidiariedad se cumple con independencia de que se trate de una investigación de carácter judicial o meramente administrativo. Para justificar su tesis, el Juez Velasco recuerda que el Tribunal Supremo procedió a archivar el caso *Gaza* al constatar la existencia de una investigación militar en Israel⁹.

Juan Santos Vara

IV. DERECHOS HUMANOS. ART. 10.2 CE

1. Aplicación del artículo 10.2 CE

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 28 de febrero de 2011,
Ponente: D. Javier Delgado Barrio, STC 15/2011, F.: www.tribunalconstitucional.es

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2011,
Ponente: D. Francisco José Hernando Santiago, STC 34/2011, F.:
www.tribunalconstitucional.es

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2011,
Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, STC 37/2011, F.: www.tribunalconstitucional.es

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 14 de abril de 2011, Ponente: D.
Manuel Aragón Reyes, STC 51/2011, F.: www.tribunalconstitucional.es

⁹ Vid. *REEI*, 2011, nº 21.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 23 de mayo de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Ortega Martín, RJCA\2011\567, F.: Aranzadi (Westlaw)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 28 de septiembre de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Fernando Benito Moreno, JUR\2011\356175, F.: Aranzadi (Westlaw)

Se ponen en común varias sentencias en las cuales la vía de la integración interpretativa del 10.2 CE fue utilizada por la jurisdicción constitucional sin mayores problemas. No quiere ello decir que la jurisprudencia comentada no tenga aspectos de fondo controvertidos, sino que el uso técnico que realiza del 10.2 CE y la consecuente referencia que hace al Derecho internacional no nos merece cuestionamiento alguno. Buen ejemplo de ello es la sentencia 51/2011, ya comentada en esta crónica, relativa al derecho de una profesora de religión cuyo puesto de trabajo no fue renovado, según la recurrente, como represalia por estar casada con un ciudadano alemán divorciado. Independientemente de la solución de fondo, el TC hace referencia exhaustiva a numerosas fuentes jurídico-internacionales en materia de derecho al matrimonio en condiciones de igualdad: el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención de NN.UU. de 15 de abril de 1969 sobre consentimiento para el matrimonio, y el art. 12 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH en la materia¹⁰.

La STC 15/2011 cita, entre otras, la sentencia *Golder c. Reino Unido*, donde se afirmó que “un obstáculo en la posibilidad misma de inicial correspondencia representa la forma más radical de “interferencia” (art. 8.2 CEDH) en el ejercicio del “derecho al respeto a la correspondencia”; no es admisible considerar que tal obstáculo está fuera del campo de aplicación del artículo 8 cuando no se discute que un simple control entra lleno en dicho campo”¹¹. Esta remisión a la jurisprudencia del TEDH, que viene acompañada de las correspondientes referencias al art. 12 DUDH y el art. 17.1 PIDCP, apoyó la argumentación del TC en un asunto relativo a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (arts. 18.3 y 25.2 CE) por parte de la Administración Penitenciaria.

En lo que respecta a la STC 34/2011, el origen de este asunto fue el recurso de amparo interpuesto por un Procurador, miembro del Colegio de Abogados de Sevilla, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que rechazaba la impugnación de los Estatutos de dicho Colegio por la adopción como Patrona de la Virgen María, “en el misterio de Su Concepción Inmaculada”, aclarando que lo hace “por tradición secular”.

¹⁰ STC 51/2011, FJ nº 8.

¹¹ TEDH, *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, nº 4451/70, § 43.

Ante las alegaciones de violación de los derechos a la libertad religiosa (arts. 16.1 y 3 de la Constitución), así como a la igualdad (art. 14 CE), el TC acudió entre otras fuentes a la reciente y controvertida saga *Lautsi c. Italia* para descartar las pretensiones del recurrente. Recordemos que en ésta la Gran Sala acabó exculpando a Italia de una violación del Convenio por la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas, después de que la Sala llegara a una conclusión contraria en el mismo caso¹². Pues bien, el TC se apoyó en la escasa afectación que los símbolos realizan sobre la vertiente subjetiva del derecho a la libertad religiosa para rechazar el recurso de amparo. Igualmente, en lo que respecta a la vertiente objetiva de dicho derecho (es decir, la obligada neutralidad de las instituciones públicas), el TC estimó que “la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado”¹³. En otras palabras, no basta con que el símbolo sea religioso, sino que su significación religiosa ha de predominar sobre cualquier otra significación laica que pueda caracterizarlo.

La STC 37/2011 tuvo su origen en el recurso de amparo fue interpuesto frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya que denegó la responsabilidad civil de la Clínica Vicente de San Sebastián. El recurrente había sido objeto de un cateterismo cardiaco sin el consentimiento informado, lo que en última instancia derivó en la pérdida funcional de su mano derecha. A la hora de apreciar el contenido y condiciones de la protección de la integridad física (art. 15 CE) en materia de intervenciones sanitarias no informadas, tanto el recurrente, como el Ministerio Fiscal, y finalmente el Tribunal Constitucional, se apoyaron con exhaustividad en varias referencias iusinternacionales: la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), la amplia jurisprudencia del TEDH en materia de interpretación del art. 8.1 CEDH (respecto de vida privada y familiar), así como varias disposiciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, adoptado en Oviedo en abril de 1997. Respecto de la CDFUE, otra vez más, se evidencia el fenómeno de “permeabilización” de la misma en materias fuera del ámbito del Derecho de la Unión, como la doctrina lleva anticipando desde hace algún tiempo¹⁴.

Similares referencias efectúa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2011. En este asunto se dirimió la legalidad de la multa impuesta a una conocida cadena de televisión por emitir durante varias semanas un spot publicitario en el que se criticaba la manifestación del Día del Orgullo Gay, contraponiéndola con los “364 días de Orgullo de la gente normal y corriente”. En la ponderación efectuada por la Audiencia se hizo referencia a las disposiciones de la DUDH, el PIDCP y la

¹² TEDH, *Lautsi c. Italia*, sentencia de 3 de noviembre de 2009 (Sala); y de 18 de marzo de 2011 (Gran Sala), nº 30814/06.

¹³ STC 34/2011, FJ nº 3.

¹⁴ ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARIA, M. P.: “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la práctica española”, *RDUE*, nº 15, 2º semestre, 2008, pp. 233 y ss.; MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 51. Ámbito de aplicación”, en *Idem* (Dir.)/ GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 816

Convención de Oviedo para fundamentar la protección internacional de la dignidad del ser humano, en tanto que soporte último del derecho al honor, límite a la libertad de expresión protegido por el art. 20.1 CE. También se acudió, como no podía ser de otra manera, a la doctrina general del TEDH en materia de libertad de expresión, con referencias destacadas a las sentencias *Castells c. España* y *Kobenter y Standard Verlags GMBH c. Austria*¹⁵.

Finalmente, en lo que a la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre se refiere, ésta hizo referencia a la doctrina del TEDH sobre la reserva española al CEDH que excluye al régimen de las fuerzas armadas del ámbito de aplicación del art. 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo), para hacerlo compatible con el art. 25.3 CE. Ya nos pronunciamos en una crónica anterior sobre este particular, al analizar la STC 73/2010, que analizaba la constitucionalidad de la LO 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil¹⁶. En el presente asunto un Guardia Civil impugnaba una sanción de arresto que se le impuso en el año 2003, y por la cual se vio impedido de acceder a la Real y Militar Orden de San Hermenegildo dado que su conducta en el cuerpo dejó de ser considerada como “intachable”. Si bien la Audiencia Nacional estimó que no era la sede adecuada para anular la citada sanción, no escatimó referencias a la jurisprudencia *Dacosta Silva c. España*¹⁷, en la que se excluyó que el Régimen de la Guardia Civil pudiera encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la reserva española. Incluso a pesar de que la sanción cuestionada fue impuesta *antes* de la citada sentencia del TEDH.

Asier Garrido Muñoz

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 12 de abril de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, RJ\2011\5727, F.: *Aranzadi (Westlaw)*

En este asunto estaba principalmente en cuestión la extensión del tipo penal contenido en los arts. 510.1 y 607.2 del Código Penal (CP); es decir, la provocación a la discriminación, el odio o la violencia; así como la difusión –entre otras- de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio. El recurso de casación fue interpuesto por cuatro personas condenadas en instancias previas en tanto que relacionados con la distribución y venta de libros de contenido filonazi: el propietario y administrador de una librería dedicada principalmente a la venta de este tipo de obras y el administrador único de una editorial. Junto a ellos fueron condenados dos miembros de una asociación con fines no lucrativos, grupo dividido en dos ramas (de reflexión y de acción), con finalidades relacionadas con la distribución de obras neonazis y la creación de una estructura militar dispuesta a colaborar en cualquier causa relacionada con sus fines autoritarios.

¹⁵ TEDH, *Castells c. España*, sentencia de 23 de abril de 1992, nº 11798/85; *Kobenter y Standard Verlags GMBH c. Austria*, sentencia de 2 de noviembre de 2006, nº 60899/00

¹⁶ GARRIDO MUÑOZ, A.: “Crónica sobre la aplicación del Derecho Internacional Público en España (2009-2010)”, *REEI*, Vol. 21, 2011, pp. 34 y ss.

¹⁷ TEDH, *Dacosta Silva c. España*, sentencia de 2 de febrero de 2007, nº 69966/01.

La mayor parte del razonamiento del fallo, que dejó sin efectos todos los pronunciamos de la sentencia de instancia, se relaciona con el contenido y alcance de los tipos penales ya referidos. El TS hizo varias referencias a la STC 235/2007, donde se planteó la posible colisión con el art. 20.1 CE (libertad de expresión) de los llamados “discursos del odio” (*hate speeches*). En ella el TC, citando la sentencia del TEDH en *De Haes y Gilsels c. Bélgica*¹⁸, precisó que la libertad de expresión no alcanza a la utilización del “menosprecio o insulto contra personas o grupos, o la generación de sentimientos de hostilidad hacia ellos”, diferenciándolo de la mera expresión de ideas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o una parte de la población, entre las cuales se puede encontrar la negación del Holocausto.

En sintonía con esta tendencia en cierto modo proteccionista de la libertad de expresión, la sentencia del TS razonó que la mera difusión de obras filonazis no entraba en el ámbito de aplicación *ratione materiae* de los arts. 510.1 y 607.2 CP. Y es que en síntesis las obras cuestionadas

“no contienen una incitación directa al genocidio, ni tampoco, dadas sus características, su carácter aislado y su superficial generalidad, contribuyen de manera relevante a crear un clima de hostilidad contra grupos determinados que pueda conducir a un peligro cierto que se pudiera traducir en actos violentos”¹⁹

El argumentario iusinternacionalista proviene del Voto particular formulado por el Magistrado D. Andrés Martínez Arrieta, quien da por hecho que

“los convenios internacionales anteriormente señalados refieren la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del discurso que contiene un mensaje odioso que, *por sí mismo, es peligroso para la convivencia* (énfasis añadido)”.

Por ello, según el Voto particular, “una vez determinada la existencia de tipicidad, no es posible aplicar, como cobertura justificante, el ejercicio de la libertad de expresión”.

La lista de convenios internacionales y otros textos relevantes aportada es amplia: entre otros muchos, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (del que no se citan disposiciones); el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Convenio Europeo de Derechos Humanos, “que limita la libertad de expresión en relación con las manifestaciones racistas y xenófobas”; la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial o la Decisión Marco del Consejo de Europa (*sic*) para luchar contra el racismo y la xenofobia. También se hace referencia a la condena por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) (asuntos *Nahimana*, *Barayaguriza* o *Ngeze*); y ciertas decisiones del

¹⁸ Sentencia de 24 de febrero de 1997, nº 19983/92.

¹⁹ AN, sentencia de 12 de abril de 2011, FJ nº 12.

Comité de Derechos Humanos (*Ross c. Francia*) o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Garaudy c. Francia, Günduz c. Turquía, Norwood c. Reino Unido*²⁰).

A nuestro entender, deducir de todo el material aportado que el Derecho Internacional prohíba inequívamente los “discursos del odio” sin ampararlos en la libertad de expresión es una operación arriesgada, dadas las claras divergencias entre culturas jurídicas y la complejidad de la delimitación entre la defensa de unas ideas chocantes y la incitación a la discriminación racial, el odio y la violencia. Es sabido que el TPIR ha intentado diferenciar la incitación a cometer el genocidio de los meros “discursos del odio”, además en un contexto social mucho más complejo del que nos ocupa en este caso²¹. Por ello se ha subrayado que existe una tendencia a reducir el alcance de la infracción de incitación a la comisión de genocidio²². En lo que respecta a la jurisprudencia del TEDH en la materia, ésta ha sido calificada de “inconcluyente”²³. Y por si no fuera suficiente, las disposiciones relevantes de la Decisión Marco del “Consejo de Europa” (en realidad es del Consejo) conducen precisamente a una conclusión contraria a la que defiende el Magistrado discrepante²⁴.

En definitiva, una cosa es que el Derecho Internacional pueda *amparar* que los Estados sancionen los “discursos del odio” por su peligrosidad intrínseca, y otra bien diferente, que les *exija* su punición.

Asier Garrido Muñoz

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 5 de mayo de 2011, Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, STC 62/2011, F.: www.tribunalconstitucional.es

Se trata de la bien conocida sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso relativo al derecho de la coalición electoral BILDU a presentarse a las pasadas elecciones municipales del mes de mayo. La decisión coincide en fecha con la menos conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2011, en la que una Agrupación de electores, la Agrupación Electoral Independiente de Zalduondo, impugnó una medida análoga a la que la Sala del 61 del Tribunal Supremo dictaminó contra BILDU. Una vez más, el motivo eran los supuestos vínculos con Batasuna/ETA del único candidato que

²⁰ Para una lista aún más completa de referencias jurisprudenciales, *cfr.* TOMUSCHAT, C.: “Prosecuting denials of past alleged genocides”, en GAETA, P., *op. cit.*, esp. pp. 520 y ss.

²¹ *Cfr.* p.e. OHLIN, J. D.: “Incitement and conspiracy to commit genocide”, en GAETA, P. (Ed.): *The UN Convention against genocide. A commentary*, Oxford, 2009, pp. 206 y ss., esp. pp. 216-217.

²² KOLB, R.: *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn-Bruylant, Bâle-Bruxelles, 2008, pp. 88-89.

²³ TOMUSCHAT, C.: “Prosecuting...”, *loc. cit.*, p. 522.

²⁴ En efecto, es cierto que en ella se incluye “la incitación pública a la violencia o el odio” -art. 1.a)-; la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio (...) -art. 1.b)-; y la misma conducta en lo que respecta a los crímenes enjuiciados en Nüremberg -art. 1.c)- como conductas que los Estados deben punir. Sin embargo, las dos últimas se supeditan a la que “las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”. Y además, el art. 1.2 permite incluso a los Estados elevar el test de exigencia para las tres al “optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes”.

componía esta agrupación electoral. Si bien en este asunto la conclusión a la que llegó el TC fue idéntica a la STC 62/2011, no hubo divergencia alguna entre los miembros de la Sala que la juzgaron, y dadas las especificidades fácticas del caso, la dejaremos fuera de este comentario.

Aunque fueron varios los artículos de la Constitución invocados, el asunto que nos ocupa se resolvió en sede del art. 23 CE (derechos de participación política) en relación con la libertad ideológica (art. 16 CE), con la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE) y con el derecho de asociación (art. 22 CE). Como se ha señalado, la fundamentación jurídico-internacional de este pronunciamiento es más bien inexistente²⁵. Los demandantes hicieron referencia directa a varios artículos del CEDH y la correspondiente jurisprudencia del TEDH, si bien lo hicieron con deficiente técnica, al reclamar al TC la violación de las disposiciones relevantes del CEDH. En este sentido, responden el Abogado del Estado y el Tribunal,

“aun cuando en la demanda de amparo se invoquen lesiones de diversos preceptos del Convenio europeo de derechos humanos, a este Tribunal no le corresponde, al conocer del recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, per se, de textos internacionales que obliguen a España en materia de derechos humanos, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional (arts. 53.2 CE [RCL 1978, 2836] y 41.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deben ser interpretados tales preceptos de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”²⁶.

Sea como fuere, el fallo del TC en la STC 62/2011 evitó cualquier reenvío, siquiera colateral, a la sentencia del TEDH en el asunto *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, o la más reciente *Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca c. España*²⁷. Quizás fuera porque el fallo del TEDH autorizaba a los jueces españoles, como recuerdan el Voto Particular del Magistrado Manuel Aragón Reyes y el Abogado del Estado, a sostener algunas de las tesis que defiende la impugnada decisión de la Sala del 61 del Tribunal Supremo en el caso concreto (entre otras, que los poderes públicos no han de esperar a que se materialice el peligro que puede representar un partido político para adoptar medidas contra el mismo, o que una renuncia abstracta y genérica a la violencia no puede *per se* refutar los indicios de ilegalidad que aporten las autoridades públicas contra un partido político). Por ello, la argumentación del TC en este caso ha de

²⁵ DÍEZ PERALTA, E.: “Crónica de jurisprudencia española en materia de Derecho Internacional Público”, *REDI*, vol. LXIII (2001), nº 2, p. 232.

²⁶ STC de 5 de mayo de 2011 (62/2011), FJ 2.

²⁷ STEDH, *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, sentencia de 30 de junio de 2009, nos. 25803/04 y 25817/04 (también *Etxebarria Barrena y otros c. España*, de la misma fecha, nº 35579/03 y otros); y *Eusko Abertzale Ekintza- Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. España*, sentencia de 7 de diciembre de 2010, nos. 51762/07 y 51882/07). Para un comentario de la primera, *cfr.* RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, A.: “Batasuna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: protección “multinivel” de Derechos en Europa y régimen de los partidos políticos en España”, *RDCE*, Vol. 35, enero/abril 2010, pp. 195 y ss.

entenderse y valorarse desde la perspectiva del Derecho español; más concretamente, la de si el TC puede escudriñar de nuevo la apreciación de los elementos de hecho realizada por la Sala del 61 del Tribunal Supremo.

Asier Garrido Muñoz

Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) de 9 de junio de 2011, Ponente: desconocido, ATC 86/2011, F.: www.tribunalconstitucional.es

El 9 de junio de 2011 el Pleno del Tribunal Constitucional decidió elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, por primera vez desde la integración de España en las Comunidades Europeas. Sólo este hecho subraya de por sí sólo la enorme relevancia de este Auto.

Por si ello no fuera suficiente, la envergadura jurídica de las preguntas planteadas el TJUE es igualmente remarcable. Como es de imaginar que tanto el citado Auto como la eventual solución que ofrezca el TJUE serán objeto de numerosos comentarios y estudios doctrinales, y dadas las pretensiones más modestas de esta crónica, nos limitaremos a perfilar los elementos relevantes de esta decisión.

El asunto tiene su origen en la Orden Europea de Detención y Entrega dictada en junio de 2004 por la Fiscalía General de la República de Italia ante el Tribunal de Ferrara. Don SM, objeto de la Euroorden, había sido declarado en rebeldía en marzo de 1997, dejando designados dos abogados de su confianza para representarlo ante los Tribunales. Por sentencia de 21 de junio de 2000, confirmada en 2003, el demandante fue declarado en rebeldía a una pena de diez años de prisión como autor de un delito de quiebra fraudulenta. Se da la circunstancia de que el condenado ya había sido objeto de un Auto de extradición a Italia por parte de la Audiencia Nacional en octubre de 1996, con el objetivo de ser trasladado a Italia para su enjuiciamiento por los mismos hechos. Sin embargo, el entonces acusado consiguió fugarse tras ser puesto en libertad bajo fianza.

A raíz de su detención por la policía española, el 1 de agosto de 2008 el Juzgado Central de Instrucción nº 6 incoó el procedimiento de orden de detención y entrega, pero poco después lo trasladó a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Ésta acordó la entrega del recurrente a las autoridades italianas, rechazando los argumentos planteados por Don SM. Entre estos argumentos se encontraba el que la Ley procesal italiana no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en ausencia, por lo que la orden europea de detención y entrega debería, en su caso, condicionarse a que Italia garantizase un recurso contra la sentencia. La Audiencia Nacional determinó por el contrario que el acusado había sido defendido técnicamente y había renunciado a su defensa personal poniéndose en rebeldía, de tal manera que no puede afirmarse que hubiera indefensión.

Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el problema era dilucidar si el art. 24.2 CE permite la ejecución de la Euroorden. Hay que tener en cuenta que es

jurisprudencia constante del TC que un procedimiento de extradición o de ejecución de una Euroorden no puede menoscabar las “exigencias más básicas y elementales” de la tutela judicial efectiva; entre ellas, la posibilidad para el acusado de comparecer personalmente en el juicio. En otras palabras, se produce vulneración del citado precepto si la autoridad pertinente del Estado receptor no da garantías suficientes para asegurar que se salvaguardarán sus derechos de la defensa, entre los que se encuentra la presencia en la vista. Incluso aunque éste estuviera representado por un Abogado apoderado, como se afirmara en STC 199/2009²⁸.

Si bien el art. 5.1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI permitía expresamente a los Estados condicionar la ejecución de una Euroorden a la emisión de garantías para “asegurar que la persona (...) tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salve los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista”, la Decisión Marco 2009/299/JAI modificó esta regulación, derogando el art. 5.1 para sustituirlo por un art. 4 *bis* cuyo texto relevante es el siguiente:

“La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste (...) que el imputado:
b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un Letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio (...)”

Dados las exigencias del art. 24.2 CE tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TC, se plantea inevitablemente la cuestión de qué estándar de protección aplicar al caso: o el nacional o el exigido por el Derecho de la Unión. Dentro de éste último, además, se plantean inevitables problemas interpretativos y de legalidad del art. 4 *bis* de la Decisión Marco. En efecto, hay que tener en cuenta el complejo juego de varios niveles que suscita dudas sobre el verdadero contenido de este estándar europeo, pues:

- El propio art. 1.3 de la Decisión Marco reconoce que una Euroorden “no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 TUE”.

- El art. 48.2 de la CDFUE –derechos de defensa- se corresponde con el art. 6.3 CEDH, al tenor de las Explicaciones del Presidium. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, se produce denegación de justicia si el individuo condenado *in absentia* no puede obtener posteriormente un nuevo pronunciamiento por un Tribunal tras haber sido oído, *a no ser que se pueda establecer de manera inequívoca que hubiere renunciado a su derecho a comparecer y a defenderse*²⁹. El TJUE todavía no se ha pronunciado acerca del sentido específico del art. 48.2 CDFUE (en relación con el art.

²⁸ STC 199/2009, de 28 de septiembre.

²⁹ *Vid.* entre otras TEDH, *Colozza c. Italia*, sentencia de 12 de febrero de 1985, nº 9024/80, p. 29.

47 CDFUE, tutela judicial efectiva) en asuntos relativos a la ejecución de una Euroorden.

- Por último, el art. 53 CDFUE afirma que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por (...) las Constituciones de los Estados miembros”.

A la luz de estos elementos se comprenderá mejor el alcance de las tres preguntas planteadas por el TC en el reenvío prejudicial, que se relacionan con cada uno de los tres puntos mencionados. La primera se refiere a la interpretación de las excepciones introducidas por el art. 4.1 *bis* de la Decisión Marco, después la reforma operada en 2009. La segunda, cuya respuesta se condiciona al resultado de la primera, inquiriere sobre la compatibilidad de dicho art. 4.1 *bis* con los arts. 47 y 48.2 CDFUE. Y por último, la tercera, también dependiente del resultado de la anterior, plantea el estándar aplicable al caso a la luz de la cláusula *de minimis* del art. 53 CDFUE, ofreciendo diversas interpretaciones sobre la relación entre la Carta y los sistemas constitucionales de protección de los derechos humanos.

La redacción de la cuestión prejudicial es cuidadosa tanto en lo que respecta a la justificación de la necesidad de su planteamiento, como del cumplimiento de los requisitos para elevar una cuestión prejudicial al TJUE, así como de los fundamentos de Derecho valorados. Cuenta sin embargo con un Voto particular formulado por el Magistrado D. Pablo Pérez Tremps -lo cual resulta algo extraño en un documento de estas características-, que cuestiona la necesidad de plantear un recurso prejudicial *en este caso* (no en general, pues el mismo Magistrado se felicita por la decisión del Tribunal). La idea de fondo que plantea es que la creación de un espacio judicial europeo implica la equivalencia y suficiencia los mecanismos ofrecidos por los Estados para el control judicial del respeto de los derechos fundamentales, por lo que

“Un Estado de la Unión Europea no puede, en principio, imponer a los demás Estados su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal (...)”.

destacando que tanto el art. 4.1 de la Decisión Marco como los arts. 57 y 58.2 CDFUE – interpretados a la luz de la jurisprudencia del TEDH- ya ofrecen a los Estados una guía suficiente en cuanto al estándar aplicable al caso.

Sin querer prejuzgar el razonamiento del Voto particular, la referencia que el Magistrado realiza hacia la sentencia *Bosphorus c. Irlanda*³⁰ ha de ser comentada. Y es que esta importante sentencia del TEDH se dictó en un contexto totalmente diferente al del caso de autos; concretamente, en el de la discusión de la equivalencia entre los estándares *nacionales* y *el de la UE* en materia de protección de los derechos fundamentales, a efectos de establecer un parámetro de relaciones entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, y así evitar que la ejecución por los Estados de actos

³⁰ TEDH, *Bosphorus c. Irlanda*, sentencia de 30 de junio de 2005, nº 45036/98.

derivados del Derecho de la entonces CE debiera ser siempre controlado por el TEDH. Está por ver si en el ámbito de los procedimientos de ejecución de euroórdenes se aplican las presunciones *iuris tantum* de respeto de los derechos humanos por parte de los *Estados* que el TEDH aplica en otro tipo de circunstancias³¹: el mecanismo de la “protección equivalente” ha sido utilizada hasta ahora para el TEDH como instrumento de protección de la cooperación internacional entre Estados y organizaciones internacionales³², y siempre, como, se ha recordado en la reciente sentencia *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (a la que volveremos más adelante), que la normativa internacional no deje margen de discrecionalidad al Estado para respetar los derechos humanos.

Cuestión diferente es, claro está, que se considere que España debe reducir o ignorar su estándar constitucional en materia de protección del derecho a la tutela judicial efectiva para cumplir con sus obligaciones dimanantes del Derecho de la UE en el ámbito de la Euroorden, si se estima que éstas no violan el art. 6.3 CEDH. Pero esa es una cuestión en la que no podemos entrar en este espacio.

Asier Garrido Muñoz

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 29 de septiembre de 2011,
Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas, STC 150/2011, F.:
www.tribunalconstitucional.es

Este interesante caso puso a prueba la doctrina del TC en materia de protección del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), así como la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), frente a la inactividad del Ayuntamiento de Valencia ante el exceso de ruido existente en ciertas zonas de la ciudad. Una correcta comprensión del pronunciamiento requiere cierto detalle en la explicación de sus antecedentes de hecho y de derecho, a fin de comprender en su justa medida los interrogantes que plantea desde la perspectiva del art. 10.2 CE, estrechamente relacionados con la carga de la prueba que recae en este tipo de casos sobre los demandantes.

El recurrente en amparo residía en el Barrio de San José de Valencia, declarado “zona acústicamente saturada” en diciembre de 1996 por acuerdo del Plenario del Ayuntamiento de Valencia, debido a la intensa actividad de ocio nocturno que desde hacía años venía desarrollándose en la zona. Sus reclamaciones en fase administrativa y judicial no fueron acompañadas de medición alguna de niveles sonoros *en el interior de su vivienda* (situada en un cuarto piso), a pesar de que la Ordenanza del citado

³¹ Hay que añadir además que en la sentencia *Gasparini y otros c. Italia* el TEDH aplicó una presunción *iuris et de iure* de respeto de los derechos humanos en el ámbito de la Comisión de recursos de la CROTAN, órgano de apelación en materia laboral de la OTAN (TEDH, *Gasparini c. Italia y Bélgica*, decisión de inadmisibilidad de 12 de mayo de 2009, nº 10750/03).

³² Vid. así las decisiones de inadmisibilidad *Connolly c. 15 Estados miembros de la UE*, decisión de inadmisibilidad de 9 de diciembre de 2008, nº 73274/01, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U. A. (CPNK) c. Países Bajos*, 20 de enero de 2009, nº 13645/05; *Société d'établissements Biret et Cie S. A. y Société Biret International*, de 9 de diciembre de 2008, nº 13762/04, *Rambus Inc c. Alemania*, de 16 de junio de 2009, nº 40382/04; *Blagojevic c. Países Bajos y Galic c. Países Bajos*, de 9 de junio de 2009, nos. 49032/07 y 22617/07, respectivamente.

Ayuntamiento facultaba a cualquier persona a realizar una visita de inspección para determinar el nivel de percepción de ruido en el interior de su vivienda. Por el contrario, adjuntó:

- (1) testimonio de decenas de peticiones dirigidas al Ayuntamiento por él y otros miembros de la Asociación de Vecinos que presidía;
- (2) un informe médico que afirmaba que sufría trastornos físicos y psíquicos relacionados “con el ruido en el entorno de su vivienda”;
- (3) un Informe del Servicio Laboratorio Municipal actualizado al año 2000 sobre la evolución del ruido ambiental en la zona en el que se declaraba que, a pesar de la normativa aprobada en 1996, la zona seguía alcanzando el nivel de “acústicamente saturada”;

a los que, en sede constitucional, añadió un Informe de 2002 de un Catedrático de Física Aplicada que acreditaba que “los niveles de ruido externo en dicho barrio inexorablemente, y sin necesidad de prueba individualizada, se tienen que traducir en niveles de recepción interna inaceptables”.

Las sucesivas instancias judiciales y administrativas fueron rechazando sus peticiones de indemnización por daños y perjuicios y el pago de las reformas que había realizado en la vivienda para aislarla de los ruidos exteriores. Ello se debió en esencia a que el demandante no aportó prueba individualizada del nivel de ruidos en el interior de su domicilio. En otras palabras, la simple constatación del nivel sonoro en el *exterior* de su vivienda no bastaba a estos efectos, pues no era posible proyectar de manera presuntiva dicho nivel sonoro sobre el *interior* de su vivienda.

Si bien el recurso de amparo fue desestimado el 18 de octubre de 2004, en lo relevante para nosotros por carecer de contenido constitucional, el caso adquirió una nueva dimensión con la sentencia del TEDH en el asunto *Moreno Gómez c. España*, dictada el 16 de noviembre de 2004³³. En este asunto análogo, interpuesto por una persona residente en la misma plaza, el TEDH condenó a España sobre la base de dos argumentos principales:

a) Exigir a la demandante que pruebe el nivel sonoro dentro de su vivienda (como hiciera el TC mediante STC 119/2001³⁴), es una exigencia “demasiado formalista” puesto que las autoridades ya habían declarado la zona como “acústicamente saturada”³⁵. Al contrario que en el caso que nos ocupa, la demandante había intentado verificar el nivel sonoro dentro de su vivienda, pero las mediciones dieron unos resultados dispares calificados como “contradictorios” por el TC.

b) Aunque el Ayuntamiento de Valencia había aprobado medidas “en principio adecuadas” para poner fin a la situación de violación del art. 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar), la Administración municipal toleró durante años la violación de la

³³ Referencia.

³⁴ STC 119/2001, de 24 de mayo de 2001.

³⁵ TEDH, *Moreno Gómez c. España*, § 59.

normativa que ella misma había establecido. Esta pasividad implicaba imputar a España una violación del Convenio sobre la base de la doctrina de las obligaciones positivas³⁶.

Tal y como pusieron de manifiesto el recurrente y el Ministerio Fiscal, la sentencia parecía obligar al TC a revisar su postura respecto de este caso. Sin embargo, éste optó por la otra vía posible, la de intentar diferenciarlo de las circunstancias de la sentencia *Moreno Gómez c. España*, con el fin de evitar la aplicabilidad de la doctrina del TEDH. Y es que de lo contrario se corría el riesgo, según el TC, de que

“siempre que en una zona declarada acústicamente saturada o que reciba calificación protectora similar, cuando el ruido ambiental supere los niveles máximos autorizados, todos los que tengan en ella su domicilio, por esa mera circunstancia y sin necesidad de prueba individualizada, estarían sufriendo sendas vulneraciones de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (18.1 y 18.2 CE)”³⁷.

Para ello el TC realizó una interpretación de la sentencia *Moreno Gómez c. España*, así como una valoración de la prueba presentada por el recurrente en amparo, que por su rigorismo desvirtúa a nuestro juicio lo decidido por el TEDH.

En primer lugar, el TC pone en cuestión los elementos probatorios presentados en este caso y los intenta diferenciar de aquellos que dieron lugar a la sentencia *Moreno Gómez c. España*. Para ello interpreta la más reciente jurisprudencia del TEDH, adoptada en contextos no siempre coincidentes, con el fin de tomar en consideración la conducta del recurrente en su intento por realizar mediciones de niveles sonoros en el *interior* de su domicilio, a fin de circunscribir lo decidido en *Moreno Gómez c. España* a este tipo de situaciones³⁸. Este *animus probandi* del recurrente, rechazado por “excesivamente formal” por el TEDH, ha de ser tenido en consideración incluso cuando el resultado de las mediciones fuera calificado en su momento de “disparatado” por el TC.

En segundo lugar, el TC realiza la operación inversa a la hora de exigir al demandante la prueba de la inactividad de la Administración. En efecto, al Ayuntamiento de Valencia no le es exigible una prueba de que no adoptó las medidas adecuadas para evitar las violaciones de derechos fundamentales del recurrente; basta con una valoración *general* de estas medidas, y *en tanto que obligación de medios*, no de resultado. Aunque no lo cita a este respecto, la actitud del TC evoca la sentencia *Fadeyeva c. Rusia*, donde el TEDH afirmó que

³⁶ *Ibid*, § 61.

³⁷ TC, sentencia 150/2011, FJ nº 7.

³⁸ TEDH, *Oluic c. Croacia*, sentencia de 20 de mayo de 2010, nº 61260/08, § 52; *Dees c. Hungría*, sentencia de 9 de noviembre de 2010, nº 2345/06, § 23; *Mileva y otros c. Bulgaria*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, §§ 90 y ss.; *Borysiewicz c. Polonia*, sentencia de 1 de julio de 2008, nº 71146/01, § 53; *Fadeyeva c. Rusia*, sentencia de 9 de junio de 2005, § 69. La interpretación realizada por el TC de estos casos es cuestionable, pues en ninguno de ellos las autoridades públicas habían reconocido formalmente que la zona afectada excediera el nivel de ruidos permitido. En otras palabras, de ninguna de estas sentencias se puede deducir que el TEDH exija necesariamente la presentación de prueba individualizada realizada en el interior de la vivienda.

“que existen infraestructuras que pueden colisionar con los derechos reconocidos en el art. 8.1 CEDH y que, debido a la complejidad y escala del problema ambiental de que se trate, éste no pueda resolverse en un corto período de tiempo”³⁹.

Por ello, aún constatando que en el año 2000 los informes municipales todavía constataban el excesivo nivel sonoro en la zona, se estimó sin embargo que el Ayuntamiento de Valencia había hecho todo lo posible por terminar con esta situación, aspecto éste que quedaba acreditado con las numerosas multas y retiradas de licencias impuestas a los bares de la zona. En este punto, el presente asunto también debía ser diferenciado de *Moreno Gómez c. España*, donde según el TC, la pasividad del Ayuntamiento de Valencia había sido total.

El fallo cuenta con dos Votos particulares que razonan en sentidos divergentes. El primero lo formula el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, quien estima desacertado el *iter* argumental seguido por el TC, pero no su conclusión final. Para este Magistrado, no existe ningún “derecho frente al ruido” en la Constitución, bien sea de manera expresa en el texto de los arts. 15 y 18 CE; bien sea por la vía interpretativa del 10.2 CE. Y es que

“hay que recordar que el art. 10.2 CE no es una cláusula aditiva que permita a la vista de la jurisprudencia del TEDH relacionada con un derecho recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ampliar el listado de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española o mutar la naturaleza de los mismos, sino una norma interpretativa que únicamente impone que los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución (y en concreto esos derechos y libertades, no otros distintos) se interpreten de conformidad con lo establecido en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España (...)”.

Por ello un hipotético “derecho frente al ruido”, tal y como es protegido por la jurisprudencia del TEDH, ha de ser tutelado por el juez ordinario –no el Constitucional– por la vía de su incorporación al ordenamiento español *ex art.* 96.1 CE. Lo contrario implica

“una incorporación encubierta de nuevos derechos fundamentales a nuestro sistema constitucional (...) o, cuanto menos, una radical alteración del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por los arts. 18.1 y 2 CE”.

Si acaso, la dimensión constitucional del “derecho frente al ruido” se relaciona con los principios rectores de los arts. 43.1, 47 y 45.1 CE (respeto a la salud, vivienda digna, y medio ambiente adecuado), que en ningún caso son derechos fundamentales susceptibles de protección por la vía del recurso de amparo.

El segundo Voto Particular lo formula el Magistrado D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, y a él se adhieren también los Magistrados D. Eugeni Gay Montalvo y Dña. Elisa Pérez Vera. Aquí la discrepancia con el contenido de la sentencia 150/2011 es total. En primer lugar, se defiende la

³⁹ *Ibid*, § 128.

postura contraria a la presentada por el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes; es decir, que el derecho a la intimidad domiciliaria frente a agentes contaminantes como el ruido forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.1 y 2 CE, por el juego del 10.2 CE. Se insiste de nuevo, aunque con énfasis diferente, en que

“(…) si el Tribunal Constitucional tiene la última palabra sobre cuál pueda ser el contenido esencial de los derechos fundamentales y si en esa tarea interpretativa e integradora ha de proceder de conformidad con los tratados internacionales y el CEDH (…) parece que la conclusión a la que se llega respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales es que debe incorporar (en el sentido de no contradecir) las facultades, garantías o posiciones jurídicas de los tratados”.

Se aportan con ello varios ejemplos de esta “incorporación de derechos” por la vía interpretativa. Pues bien, de acuerdo con este Voto Particular, la Sentencia vulnera el art. 18.1 y 2 y el art. 10.2 CE al no recogerse el contenido de la jurisprudencia del TEDH, *que no exige prueba en el interior de la vivienda* por considerarla “desproporcionada o demasiado formalista, especialmente cuando ya hay prueba objetiva del daño ambiental proporcionada por la autoridad pública”. A mayor abundamiento, se considera que la prueba aportada por el recurrente en amparo era válida a efectos de prueba subjetiva del daño producido por el exceso de ruidos.

En segundo lugar, en materia de imputación al Estado, se interpreta *Moreno Gómez c. España* en el sentido de que

“(…) la lesión del derecho fundamental se sigue produciendo si se demuestra el exceso de ruido, sin que tal vulneración se elimine con una actuación incluso positiva, pero todavía insuficiente o ineficaz, de la Administración responsable (…)”

Por ello se pone lo decidido en ese asunto en sus justos términos; es decir, afirmando que allí

“el TEDH declaró que las medidas adoptadas por la Administración como insuficientes ya que la ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones no se cumplía, al igual que ocurre en el recurso de amparo objeto de la Sentencia”

Que la obligación sea de medios no significa que cualquier medio sea aceptado como suficiente⁴⁰.

Asier Garrido Muñoz

⁴⁰ Recientemente el TEDH ha dictado sentencia en el asunto *Martínez Martínez c. España*. Se trata de un asunto comparable en cierta medida, aunque los elementos probatorios presentaron menos problemas en la medida en que el SEPRONA había verificado en dos ocasiones el excesivo nivel de ruido en el interior de una vivienda, debido a los ruidos nocturnos procedentes de una terraza abierta con la licencia del Ayuntamiento de Cartagena. También la imputación al Estado planteó menos dudas, pues bastaba a estos efectos con la retirada de la licencia para abrir la citada terraza (TEDH, *Martínez Martínez c. España*, sentencia de 18 de octubre de 2011, nº 21532/2008, esp. §§ 45 y ss. Para un comentario, *vid.* GARCÍA URETA, A.: “El ruido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a *Martínez Martínez v. España*, sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 21 de noviembre de 2011, www.actualidadjuridicaambiental.com.

2. Derecho a una doble instancia penal

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 28 de febrero de 2011, Ponente: D. Javier Delgado Barrio, STC 9/2011, F.: www.tribunalconstitucional.es

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 28 de febrero de 2011, Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, STC 16/2011, F.: www.tribunalconstitucional.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1ª) de 2 de junio de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Benito Gálvez Acosta, RJ\2011\3304, F.: *Aranzadi (Westlaw)*

No parece necesario extenderse más sobre la reiterada doctrina de la jurisdicción española en materia de cumplimiento del sistema de casación penal española con los dictámenes del Comité de Derechos Humanos, que llevan años condenando a España por violación del art. 14.5 del PIDCP. La jurisprudencia que aquí citamos incide en la perspectiva de considerar que el mencionado sistema no adolece de tacha de inconstitucionalidad al interpretar de manera adecuada el art. 14.5 PIDCP. Por todas ellas reproducimos el FJ nº 4 de la STC 9/2011:

“Ante todo, y en este caso concreto, como ya dijimos en la STC 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002, 70), F. 7., “hemos de recordar la doctrina general según la cual la casación penal “cumple en nuestro ordenamiento el papel de Tribunal superior que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), “y que la regulación de la casación ha de ser interpretada en función de aquel derecho fundamental y “en el sentido más favorable para su eficacia” (STC 123/1986, de 22 de octubre, RTC 1986, 123, FJ. 9”, advirtiendo ya que la muy extensa Sentencia del Tribunal Supremo que aquí se impugna ha examinado muy cuidadosamente las pruebas practicadas, lo que los permite afirmar que, en el presente caso, se han cumplido las exigencias derivadas del doble grado de jurisdicción”.

Asier Garrido Muñoz

V. ASILO Y APATRIDIA

Como es habitual, la jurisprudencia en materia de asilo y apatridia es particularmente abundante, especialmente en lo que respecta al cumplimiento de las condiciones para el reconocimiento del estatuto de refugiado. Si bien seleccionar las sentencias más relevantes es un ejercicio que encierra una inevitable discrecionalidad, intentaremos trazar una serie de líneas directrices a la hora de presentar esta crónica, centrándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional.

Sin perjuicio de nuestro análisis posterior, subrayamos de antemano que una parte relevante de las demandas de asilo procedieron de Colombia, donde se alegaron en

general motivos de persecución relacionados con la actuación de las FARC. En este sentido, se estimaron algunos recursos planteados en sede liminar, es decir, durante la fase de admisión de la tramitación de la demanda de asilo; bien fuera por falta de motivación de las decisiones recurridas, bien por la incorrecta valoración de los elementos probatorios. Sin embargo, no se aceptó ningún recurso planteado contra una decisión denegatoria de la concesión de asilo (**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª)** de 16 de marzo de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado, RJ\2011\2171; **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª)** de 23 de marzo de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Manuel Campos Sánchez Bordona, RJ\2011\2427; **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª)** de 13 de octubre de 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Gil Ibáñez, JUR\2011\374024, *F.: Aranzadi (Westlaw)*).

Al margen de otros elementos que valoraremos enseguida, la única sentencia que revocó una decisión denegatoria *en cuanto al fondo* fue la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 13 de junio de 2011**, Ponente: Excmo. Srª Ana Isabel Gómez García JUR\2011\223802. *F.: Aranzadi (Westlaw)*, con origen en el recurso interpuesto por un ciudadano sirio que alegaba persecución en su país al haber formado parte del llamado grupo “Primavera de Damasco”, responsable de ciertos actos de protesta prodemocrática de principios de este siglo. El Alto Tribunal estimó infundadas las dudas suscitadas por el Informe del Ministerio del Interior, que llegó a calificar de “acto vandálico” el derribo de estatuas de representantes del régimen sirio. Así, se tomó nota del hecho de que la situación del solicitante de asilo fue estudiada entre otros órganos por la extinta Comisión de Derechos Humanos y se aceptaron las conclusiones del ACNUR, para así finalmente concluir que el caso planteado no constituía una “típica solicitud de asilo desprovista de fundamento”⁴¹.

En otras ocasiones se retrotrajeron las actuaciones a la fase de tramitación del expediente de asilo, bien fuera por falta de comunicación de la solicitud al ACNUR (requisito imperativo tanto en el art. 5 de la antigua Ley 5/1984⁴², como en el 18 y Capítulo IV de la vigente Ley 12/2009⁴³), bien por la ausencia de entrevista con el interesado (respectivamente, **Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) de 29 de abril**, Ponente: Excma. Srª Isabel Perelló Domenech RJ\2011\3281; y **de 8 de julio de 2011**, Ponente: Excmo. Sr José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat RJ\2011\6330; **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) de 17 de mayo de 2011**, Ponente: Excma. Srª Isabel Perelló Domenech RJ\2011\4431. *F.: Aranzadi (Westlaw)*).

⁴¹ AN, sentencia de 13 de junio de 2011, FJ Quinto.

⁴² Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, *BOE* núm. 74 de 27 de marzo de 1984, p. 8389.

⁴³ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* núm. 263 de 31 de octubre de 2009, p. 90860.

Junto a ello, en un caso concreto se admitió el recurso de casación al rechazar injustificadamente la Audiencia Nacional la prueba consistente en la consulta a la delegación de ACNUR en la República Democrática del Congo sobre la situación en el país. (**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) de 8 de julio de 2011**, Ponente: Excm. Srª Isabel Perelló Domenech RJ\2011\6337. *F.: Aranzadi (Westlaw)*).

Otros aspectos de la jurisprudencia emitida durante este período se estudiarán de manera separada.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 23 marzo 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez RJCA\2011\241. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 15 de junio de 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat RJ\2011\5365. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 19 de septiembre de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil RJ\2011\7148. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 21 de septiembre de 2011, Ponente: Excm. Srª. Ana María Sangüesa Cabezudo RJCA\2011\688. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Lo común a este grupo de sentencias es que en ellas el juez español protege de manera especial el interés de la mujer que reclama el reconocimiento del estatuto de refugiada por motivos relacionados con su condición sexual.

En la primera de ellas se aceptó el recurso de una ciudadana que afirmaba proceder de Nigeria y haber huido de las prácticas tribales que obligaban a las mujeres a ser sometidas a mutilación genital y matrimonio forzado. Si bien es cierto que en este asunto se desconocía incluso la nacionalidad de la demandante –lo cual, como es sabido, “priva de vigor y verosimilitud a los alegatos de persecución”⁴⁴ al relato de la demandante-, la Audiencia Nacional decidió revocar la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo dado que la persecución por razón de sexo es encuadrable en las persecuciones sociales. En este sentido, se recordó que es jurisprudencia asentada que

“La invocación de costumbres primitivas o rituales tribales (v gr. ablación del clítoris, matrimonios forzado, hechicería, etc.) como causantes de la huida de su país, por principio, no están excluidas del instituto del asilo y condición de refugiado”⁴⁵.

⁴⁴ AN, sentencia de 23 de marzo de 2011, FJ Sexto.

⁴⁵ *Ibid*, FJ Tercero.

Siempre y cuando, claro está, la demandante consiga probar que dicha situación le concernía a ella de manera personal. A análoga conclusión se llegó en la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre, en la que se estimó que los elementos fácticos no fueron bien valorados por el Ministerio de Interior a la hora de admitir una solicitud de asilo planteada por una mujer nigeriana que alega que, de ser devuelta a su país, sería forzada a casarse para el pago de una deuda contraída por su padre.

La segunda de las sentencias tiene su origen en el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una sentencia de la Audiencia Nacional que reconocía el estatuto de refugiado a una mujer que, junto a sus hijos, fue sometida durante años a malos tratos en Argelia; al considerar que tal solución implicaba interpretar las normas internacionales y nacionales en materia de asilo «en el sentido de que las mujeres maltratadas de todo el mundo constituyen un grupo social que se integra en el más amplio concepto jurídico de personas con derecho al asilo» (*sic*).

La respuesta del Tribunal Supremo es especialmente prolija en referencias a textos internacionales. La demandante aportó abundantes pruebas documentales de su situación personal por lo que no podía estimarse que se basó en meras alegaciones generales relativas a la situación de las mujeres en Argelia. A partir de aquí, el Supremo subrayó el especial énfasis en la protección de la mujer que realizan el régimen nacional e internacional en materia de persecución por motivos de género. En primer lugar, la Ley Orgánica 3/2007 introdujo una disposición adicional tercera en la antigua Ley de Asilo (hoy codificada en el art. 3 de la Ley 12/2009) que singulariza dicha persecución como motivo de concesión de asilo en España. En segundo lugar, se hace referencia a la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia de la mujer en el hogar de 2003⁴⁶, que destaca la obligación de los Estados de dar protección a las víctimas de violaciones de género. Y por último, se acude a la Guía de ACNUR sobre las mujeres desprotegidas de 1991, donde se insiste en que la violencia sexual contra la mujer es una forma de persecución.

Todo lo contrario sucedió en la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2011. En este asunto los elementos probatorios presentados por la demandante eran ciertamente más débiles, y quizás existieran algunos elementos poco claros o contradictorios en el relato planteado por la solicitante de asilo, también nacional argelina, y sometida junto a su hija a malos tratos por su marido durante y después del matrimonio. Sin embargo, la Audiencia Nacional no sólo se refirió a estos importantes detalles para rechazar el recurso, sino que además manifestó lo siguiente:

“Así, tenemos que en Melilla (y solo en Melilla) las mujeres argelinas siempre alegan lo mismo: son casadas a la fuerza, su marido es drogadicto, las maltratan, las fuerzan, se tienen que prostituir o conseguir dinero, su familia las rechaza... También llama la atención que las mujeres argelinas relaten a la policía, nada más llegar de su país (en este caso en apenas un mes), este tipo de problemas íntimos, procediendo como proceden de una cultura donde o bien estas situaciones son aceptadas y asumidas por las

⁴⁶ A/RES/58/147, de 22 de diciembre de 2003.

mujeres o se trata de problemas domésticos de los que no se habla, y menos aun delante de un hombre policía en un país extranjero (...). Es evidente que este tipo de situaciones se producen en el país de origen, pero por una cuestión meramente estadística y de sentido común el hecho de que todas las argelinas y sólo en Melilla aleguen lo mismo, resta verosimilitud a las alegaciones, inverosimilitud que en más de una ocasión se ha podido demostrar de manera fehaciente”⁴⁷.

También se refiere la decisión a un argumento ciertamente genérico, que estima “pieza fundamental” para la resolución del caso: la reforma del Código de Familia argelino en 2005, que

“termina con el sometimiento total y absoluto de la mujer al marido, quedando este ultimo sujeto al imperativo legal y estableciendo ciertas garantías y derechos para la mujer en caso de poligamia, abandono o divorcio, así como unos mínimos derechos, en virtud del “bien del menor”⁴⁸.

Ello, incluso a pesar de que el divorcio de la solicitante de asilo se resolviera en 2004, es decir, antes de la mencionada reforma. Y es que, para el Alto Tribunal, los términos de dicho divorcio se resolvieron de manera “sumamente ventajosa” para ella.

La sentencia deja la sensación de pretender erigirse como barrera de contención contra la avalancha de solicitudes de asilo presentadas por mujeres argelinas en la frontera de Melilla. Ahora, no puede negarse la debilidad de los argumentos *generales* del Tribunal, que ignoran que las solicitudes de asilo se han de resolver siempre de manera individualizada. Y es que, como subraya el Voto Particular del Magistrado BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT,

Si con esto quiere decir el instructor del expediente que se trata de relatos fabulados que buscan proporcionar una apariencia de veracidad a un relato de hechos inexistentes, es claro que tal planteamiento podrá ser útil para valorar otros casos pero no éste, en el que resulta indiscutido que la aquí recurrente ha sufrido graves malos tratos, y que por ende, desde este punto de vista, no se le puede reprochar una argumentación como la expuesta.

Añade el Voto Particular con sumo acierto que

Es verdad que en el mismo informe se matiza que recientemente se ha aprobado un Código de Familia que ha terminado con el sometimiento absoluto de la mujer al marido, y que en tal sentido la situación de las mujeres de este país ha experimentado una mejoría; ahora bien, sin menospreciar la importancia de esta reforma legal, hemos de advertir que el hecho de que se modifique una Ley no supone que las inercias de los hábitos sociales adquiridos cambien ni suponga poner coto a la situación de inferioridad de las mujeres para que esa discriminación quede superada.

Asier Garrido Muñoz

⁴⁷ AN, sentencia de 21 de septiembre de 2011, FJ Segundo.

⁴⁸ *Ibid.*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 8 de abril de 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Sánchez Díaz, JUR\2011\176410. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 3 de mayo de 2011, Ponente: Excma. Srª Ana Isabel Gómez García, JUR\2011\176010. *F. Aranzadi (Westlaw)*

Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 4 de mayo de 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Sánchez Díaz, JUR\2011\184921, JUR\2011\184921. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 6 de mayo de 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Sánchez Díaz, JUR\2011\184883, JUR\2011\184883. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 6 de mayo de 2011, Ponente: Excma. Srª Ana Isabel Gómez García, JUR\2011\175941. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 14 de junio de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil, RJ\2011\5306. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 30 de junio de 2011, Ponente: Excma. Srª. Isabel Perelló Domenech, RJ\2011\5643. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 11 de julio de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández, JUR\2011\324419. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 10 de octubre de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil, JUR\2011\369203. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Este conjunto de sentencias deniegan al reconocimiento del estatuto de refugiado, pero conceden la permanencia en el país por causas humanitarias (antiguo art. 17(1) de la Ley de Asilo), incluso en algunos casos en los que no se aportó elemento probatorio alguno para la tramitación de la solicitud. El interés de alguna de ellas radica en motivos más bien fácticos, como las sentencias de la Audiencia Nacional de abril y mayo, todas ellas relativas a demandantes de asilo procedentes de Costa de Marfil. Y es que en ellas se siguen las recomendaciones del ACNUR respecto a dicho país: por un lado, se subraya la mejora de la situación desde 2007 y la exclusión de la capital Abidján como zona donde el ACNUR haya destacado que se protejan incidentes, pero por el otro se

tiene en cuenta la obligación de los Estados de tener en cuenta sus obligaciones en materia de derechos humanos, dada la todavía precaria estabilidad en la zona.

El caso de la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2011 merece ser destacado por basarse en el actual art. 46(1) de la Ley 12/2009, relativo a la protección concedida por razones humanitarias distintas de la protección subsidiaria. El órgano judicial subrayó la especial vulnerabilidad de la solicitante, ciudadana nigeriana con dos hijos –uno de ellos recién nacido-, que huyó de la pobreza pero que reconoció no sufrir causa de persecución alguna en su país. Y es que, como afirma el art. 37(b) de la citada Ley, las resoluciones denegatorias de asilo no impiden que se “autorice la estancia o residencia en España por razones humanitarias”; entre las que se encuentra el formar una “familia monoparental con menores de edad”, como afirma el art. 46(1).

Asier Garrido Muñoz

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 30 de junio de 2011, Ponente: Excmo. Sr^a Isabel Perelló Domenech, RJ\2011\5648. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

El recurrente era un nacional iraquí excluido del estatuto de refugiado por incurrir en una de las causas señaladas por el art. 1(F) de la Convención de 1951, sobre el Estatuto de Refugiado. Si bien en instancias previas también se puso en duda la realidad de la persecución a la que el solicitante alegaba verse sometido, el Tribunal Supremo resolvió el recurso únicamente en sede de causas de exclusión; más concretamente, en la de comisión de crímenes contra la humanidad.

El razonamiento del Alto Tribunal no escatima en referencias a la relevancia y trayectoria histórica de estos crímenes, desde el artículo 6 de la Carta de Nüremberg, el artículo 5 del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, y hasta el artículo 7 del Estatuto de Roma, cuyo contenido transcribe en su integridad. En el caso concreto del recurrente en casación, los “motivos fundados” para considerar que debía aplicársele esta causa de exclusión radicaban en su pasado como alto cargo del régimen militar de Saddam Hussein. A este respecto, el Tribunal Supremo subrayó que el test de aplicabilidad del art. 1(F) de la Convención de Ginebra radica en la existencia de

[motivos] dotados de suficiente solidez, y no basados en meras suspicacias o conjeturas para considerar que el solicitante de asilo ha cometido alguno de esos delitos (...) dentro del ámbito de aplicación de esta cláusula se incluye no sólo a los autores directos e inmediatos de esas conductas, sino también a los cómplices, dado que tanto unos como otros son al fin y al cabo responsables del delito; y dentro de los autores no sólo se incluye a los autores directos, sino también, con igual evidencia, a los inductores y a los cooperadores necesarios⁴⁹.

⁴⁹ TS, sentencia de 30 de junio de 2011, FJ nº 5.

Dado el pasado del recurrente (suficientemente acreditado), y su esquivada actitud durante la entrevista con el ACNUR, se llegó a la inevitable conclusión de que “una persona con una carrera profesional y un cargo como el que el recurrente desempeñó, sólo pudo llegar a esa posición y mantenerse en ella desde la fidelidad y apoyo al régimen entonces imperante y la colaboración activa en su estrategia y sus actuaciones”. El recurso de casación fue en definitiva desestimado.

Asier Garrido Muñoz

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 3 de enero de 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Sánchez Díaz, RJCA\2011\1. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 9 de febrero de 2011, Ponente: Excmo. Sr. Ángel Novoa Fernández, JUR\2011\94928. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 6 de marzo de 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez, JUR\2011\115315. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 27 de junio de 2011, Ponente: Excmo. Sr. José Alberto Fernández Rodera, RJCA\2011\516. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

La presentación en común de estas cuatro sentencias responde a su especial relación con elementos relativos al Derecho de la Unión Europea, y que merecen comentario específico.

En primer lugar, lo relevante de la sentencia de 3 de enero es que en ella se aplicó directamente el régimen jurídico de la Directiva 83/2004 al haber expirado en 2006 el plazo de transposición dispuesto en ella, y no haber adoptado el legislador español las medidas oportunas al respecto⁵⁰. El origen del asunto radicaba en una solicitud de asilo, débilmente fundamentada, interpuesta por una persona saharauí debido a sus temores a ser perseguido tanto en Marruecos como en el Sáhara Occidental. La cuestión probatoria era, pues, central para la resolución de este recurso. Ante la inactividad del legislador español para aplicar en el ordenamiento español lo dispuesto en el art. 4(5) de la citada Directiva en materia probatoria, la Audiencia Nacional, remitiéndose a conocida jurisprudencia del TJUE, estimó que los órganos jurisdiccionales internos están obligados a no adoptar decisiones que pongan en entredicho los objetivos de una Directiva no transpuesta en el orden jurídico nacional. Por ello, en definitiva, acudió

⁵⁰ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *DOUE* n° L 304, de 30.09.2004, p. 0812.

directamente al referido art. 4(5) para fundamentar la denegación del recurso interpuesto.

En lo que respecta a la sentencia de 27 de junio, el problema en este caso consistía en determinar el Estado encargado de tramitar la solicitud de asilo de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento nº 343/2003, conocido como Reglamento Dublín II. Las autoridades españolas actuaron de acuerdo con lo dispuesto en su art. 16(1), en la medida en que devolvieron a Italia una solicitud de asilo de un ciudadano nigeriano al haber presentado la misma persona una solicitud previa en dicho país. Por aplicación del art. 20(3), Italia aceptó en diciembre de 2010 la petición española al no haberse pronunciado en durante el plazo de dos meses establecido por esta disposición. Sin embargo, la Audiencia Nacional consideró que la solicitud debía finalmente tramitarse en España al haber transcurrido los seis meses de plazo para efectuar el *traslado* del interesado (art. 19(4) del Reglamento Dublín II), con independencia de que su solicitud de asilo en España hubiera sido rechazada durante ese período. De lo contrario, en palabras de la Audiencia, el afectado quedaría en una “peculiar “tierra de nadie” a la que le abocaría una interpretación rígida de la legalidad, de tal suerte que ningún país tramitase su solicitud de asilo”⁵¹.

La solución ofrecida por el Juez nacional en este caso asume una correcta interpretación del Reglamento Dublín II y no merece objeción alguna.

Una conclusión opuesta alcanzamos tras un análisis de las sentencias de la Audiencia Nacional de 9 de febrero y de 26 de marzo. En ambas la problemática era similar a la del caso recién planteado, pues las dos solicitudes de asilo habían sido presentadas en Grecia antes de hacerlo en España, y en ambas el Estado griego había aceptado tramitar la solicitud de acuerdo con la cláusula del art. 20(3) del Reglamento Dublín II. Sin embargo, en ambas intervenía una variable no presente en el caso italiano, como eran las alegaciones de los recurrentes relativas a la dramática situación de los demandantes de asilo en Grecia, acreditadas por el mismo ACNUR. Y es que de sobra es sabido que el Estado heleno, desbordado por las circunstancias, ofrece unas condiciones de vida poco apropiadas –por utilizar un eufemismo– para las personas solicitantes de asilo en el país. Por ello, en ambos casos se solicitaba la aplicación de la cláusula de soberanía nacional del art. 3(2) del Reglamento, que permite a un Estado tramitar de manera discrecional una demanda de asilo aunque no se cumplan las condiciones requeridas por el mismo, y en definitiva aceptar que sea España el Estado que tramite la solicitud.

En ambos supuestos la Audiencia Nacional se desentendió de las recomendaciones del ACNUR –seguidas por otros Estados europeos– y ordenó trasladar a los solicitantes a Grecia. La sentencia de 9 de febrero no ocultó su incomodidad con esta situación de incertidumbre jurídica, lamentando no poder elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la aplicabilidad del art. 3(2) al caso concreto, al no ser un órgano jurisdiccional “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso” en el sentido del antiguo art. 68 TCE. Por ello se vio obligada a resolver por sí misma el caso

⁵¹ AN, sentencia de 27 de junio de 2011, FJ nº 3.

planteado, realizando para ello una interpretación muy restrictiva del ámbito de aplicación del citado art. 3(2). Por su parte, la sentencia del 6 de marzo llegó incluso a afirmar que

“La Sala entiende que el sistema común de asilo en la UE se basa en el principio de cooperación leal (artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea) y, por tanto, en la imposibilidad de formular reproches de mayor o menor diligencia en la tramitación de los expedientes o de respeto a los derechos de los solicitantes entre las autoridades de los distintos Estados miembros, razón por la que en esas sentencias no se ha acogido una pretensión que entrañaría un juicio negativo respecto de otro miembro de la Unión. Así, también para un caso de competencia de Grecia, esta Sección ha rechazado la aplicación del principio de non refoulement”⁵².

A nuestro entender, el aparente europeísmo de ambas decisiones es cuestionable. En efecto, se ignora que el 21 de enero de 2011 –es decir, *antes* de los dos fallos- la Gran Sala del TEDH había dictado la importante sentencia *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*. En una situación análoga a la que aquí comentamos, esta decisión condenó por violación del artículo 3 del CEDH tanto a Grecia como al Estado que devolvió al solicitante de asilo al país heleno, precisamente por las deplorables condiciones de vida que ofrece éste último. Se rechazaba con ello cualquier tipo de argumento relativo a la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el Derecho de la Unión Europea, o a las dificultades particulares afrontadas por Grecia en virtud de la gran cantidad de solicitudes de asilo que recibe⁵³.

Llegados a este punto, resulta casi innecesario precisar que la UE se fundamenta en el respeto de los derechos humanos, y que, independientemente de que ésta no haya accedido todavía al CEDH, el art. 52(3) de la CDF prescribe que

“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesivo de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión (...) y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...)”

Por no mencionar el art. 53 CDF y la gran cantidad de jurisprudencia del TJUE que desde años viene fundamentando sus planteamientos en las decisiones del TEDH.

Por todo ello, y ante el severo tono adoptado por el TEDH en *M.S.S. c. Grecia y Bélgica*, no es de extrañar que la Abogada General TRSTENJAK haya tomado nota y en

⁵² AN, sentencia de 6 de marzo de 2011, FJ nº 10.

⁵³ TEDH, *M. S. S. c. Grecia y Bélgica*, sentencia de 21 de enero de 2011, nº 30696/09. La sentencia, de recomendable lectura, da cuenta exhaustiva de la complicada situación a la que se enfrentan los solicitantes de asilo en este país a la luz de los numerosos informes presentados por ACNUR y algunas organizaciones no gubernamentales. La violación del art. 3 CEDH no fue el único motivo de condena de ambos Estados, pero sí el más relevante para nuestros intereses.

sus Conclusiones presentadas en el asunto *N.S.* (cuestión prejudicial planteada por una Corte de Apelaciones Británica en otro caso similar), reconozca la obligación de interpretar el Reglamento nº 323/2003 en el sentido de oponerse

“(…) a la aplicación de una presunción *iuris et de iure* conforme a la cual el Estado miembro en principio responsable del examen de una solicitud de asilo respeta los derechos fundamentales del solicitante que emanan del Derecho de la Unión (...) nada impide a los Estados miembros que, en aplicación del Reglamento nº 343/2003, partan de la presunción *iuris tantum* de que en el Estado miembro en principio responsable del examen de una solicitud de asilo se respetan los derechos humanos y los derechos fundamentales del solicitante”⁵⁴,

refiriéndose igualmente al imperativo exigido por el art. 52(3) CDF. Es de esperar, pues, que, de haberse recurrido ambas sentencias de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo (o de plantearse nuevos casos ante el Juez español) se tome nota de la jurisprudencia europea existente en la materia, tanto del TEDH como del TJUE. *Nemo jus ignorare censetur, ignorantia legis neminem excusat.*

Asier Garrido Muñoz

VI. INMUNIDADES DEL ESTADO EXTRANJERO

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 8 de junio. Ponente: Ilma. Sra. María del Rosario García Álvarez. *F.: Aranzadi (Westlaw)*

En esta decisión judicial el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se enfrenta a la dificultad que presenta la ejecución de las sentencias dictadas contra los Estados extranjeros. La cuestión más problemática que se ha presentado ante los tribunales españoles es la determinación de si se puede proceder contra las cuentas corrientes de los Estados extranjeros cuando dichas cuentas sean utilizadas tanto para actividades *iure imperii* como *iure gestionis*. En esta Sentencia se realizan amplias referencias a la doctrina establecida en las clásicas Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1992 y 292/1994. En la Sentencia 107/1992, el Tribunal Constitucional afirmó que las cuentas corrientes de las embajadas y oficinas consulares son inembargables “tanto por el carácter único e indivisible del saldo de las cuentas corrientes, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones de los fondos y destinos de los mismos”. El Tribunal madrileño procede a aplicar esta jurisprudencia, pero apartándose de su sentido original con el ánimo de proteger a una persona que había sido despedida de forma improcedente. Del extracto que se incluye a continuación se deduce que el Tribunal debería haber justificado mejor las razones por las que estima que las cuentas embargadas no se destinan al desarrollo de funciones de carácter oficial. El Tribunal señala que

⁵⁴ Conclusiones de 22 de septiembre, asunto C-411/10, nos 3 y 4.

“es cierto que las cantidades obrantes en las cuentas pueden servir también para la realización de actos en los que está empeñada la soberanía del Estado extranjero a las que alcanza la inmunidad, pero no lo es menos que a falta de aquella precisión acreditada, el saldo de la cuenta corriente presenta un carácter único e indivisible, resultando imposible una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta adscrita a la Embajada porque supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática contraria a las reglas del Derecho Internacional Público (...). En consecuencia, si el Juez ha declarado que se trata de fondos destinados a realizar actos de gestión y tal declaración no ha sido destruida, debe estimarse que el saldo es único e indivisible en su consideración de bien embargable” (Fundamento Jurídico Tercero).

Juan Santos Vara