

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Coordinación a cargo de

Ana PEYRÓ LLOPIS

Profesora Titular e Investigadora Ramón y Cajal
Universidades de Cergy-Pontoise y Jaume I

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIO DE SENTENCIAS.—3.1. Derecho a la verdad y aplicación del Derecho internacional penal por los tribunales españoles.—3.2. Jurisdicción universal y justificación jurídica de los medios empleados para la lucha contra el terrorismo, en particular en Guantánamo.—3.3. Protección diplomática y responsabilidad patrimonial de la Administración.—3.4. La actividad deportiva en su dimensión internacional excluida de las «relaciones internacionales» ex art. 149.1.3 CE.—3.5. El derecho de asilo por causa de orientación sexual y las Directrices del ACNUR como instrumento interpretativo de la Convención de Ginebra.—3.6. Reconocimiento del derecho a la permanencia en España por razones humanitarias por circunstancias sobrevenidas.—3.7. Diálogo del Tribunal Constitucional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la contaminación acústica como parte del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.—3.8. La protección de testigos en causas criminales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—3.9. Presunción de inocencia y manipulación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte del Tribunal Supremo.—3.10. El derecho a un recurso efectivo y el valor de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos.—3.11. Transposición de Directivas comunitarias a través de Decreto-ley.

* A partir del núm. 2 de 2012, la crónica de jurisprudencia está a cargo de un equipo compuesto por cuatro coordinadores: Jessica Almqvist (Investigadora Ramón y Cajal en la Universidad Autónoma de Madrid), Alberto Arrufat (Profesor Agregado de Derecho Internacional en la Universidad Católica de Valencia), Cristina Izquierdo (Profesora Titular de Universidad en la Universidad Autónoma de Madrid) y Ana Peyró (Profesora Titular e Investigadora Ramón y Cajal en las Universidades de Cergy-Pontoise y Jaume I), bajo la dirección de los catedráticos Jorge Cardona (Universidad de Valencia) y Javier Díez-Hochleitner (Universidad Autónoma de Madrid). Cada crónica está bajo la responsabilidad principal de uno de los coordinadores. Naturalmente, los comentarios de sentencias van firmados por sus autores.

1. INTRODUCCIÓN

La elaboración de la presente crónica, que abarca la jurisprudencia recaída en el primer semestre de 2012, ha correspondido a un nuevo equipo que, partiendo de la experiencia consolidada de las crónicas anteriores, ha adoptado para su elaboración en esta nueva etapa los criterios que se exponen en los párrafos siguientes.

Por una parte, los comentarios de jurisprudencia propiamente dichos se limitan a los asuntos que contengan elementos de Derecho internacional suficientemente relevantes como para merecer un comentario. Se analiza e incluye en su caso, tal y como ha venido haciéndose, la jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público pronunciada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia. Respecto de los demás órganos jurisdiccionales, sólo se señalan y comentan las resoluciones judiciales que contienen algún elemento excepcional desde el punto de vista del Derecho internacional público o si, además de ser relevantes para el Derecho internacional público, han tenido un impacto mediático destacado. En relación con las sentencias que aplican el Derecho de la Unión Europea, tan sólo se comentan aquellas que inciden en cuestiones de Derecho internacional o que, versando sobre cuestiones institucionales o de carácter general, tienen una extraordinaria relevancia.

Por otra parte, se amplían los contenidos de la presentación general de la crónica de jurisprudencia con el fin, primero, de reflejar y justificar las sentencias que se vayan a comentar y, segundo, de relatar de manera general las tendencias observadas en la jurisprudencia española respecto del Derecho internacional público (continuidad, aumento de las referencias a instrumentos y jurisprudencia internacionales, etc.). Dicha presentación se estructura en torno a una serie de voces que son resaltadas en el texto y que son flexibles y podrán variar en cada número en función del contenido de la jurisprudencia del periodo de examen. En aras a una fácil identificación de las sentencias y autos, la jurisprudencia comentada se acompaña de la Referencia del Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj), salvo que no se encuentre ahí, y la jurisprudencia no comentada pero sí citada en la presentación incluye el número del Repertorio Oficial de Jurisprudencia (ROJ).

Por último, respecto del sumario, contiene la referencia a las materias a que se refieren las sentencias incluidas. El objetivo último es que el lector pueda saber, mirando simplemente dicho sumario, si los comentarios incluyen alguna sentencia que le pueda interesar directamente.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

Quizás la resolución más destacable del presente periodo de examen sea la Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 813/2012, Sala de lo Penal, de 27 de febrero) a la que dedicamos un primer y muy detallado comentario y que refleja la visión que tiene dicho tribunal del *Derecho internacional penal*. Además, su contexto ha sido especialmente mediático, al concernir el procesamiento y posterior absolución del Magistrado Baltasar Garzón por prevaricación, en relación con una decisión relativa a los llamados «juicios de la verdad» en España. Esta sentencia es reveladora de una aplicación disonante del Derecho internacional público en el orden interno por parte de los órganos jurisdiccionales. Tras dicha sentencia, el Tribunal Supremo adoptó un auto (ROJ: ATS 3009/2012, Sala de lo Penal, de 28 de marzo) que, si bien no es objeto

de un comentario específico por contener pocos elementos de Derecho internacional público, sí merece ser señalado al afirmar la imposibilidad del enjuiciamiento por vía penal de los autores de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo, cerrando por tanto la vía judicial penal a sus víctimas.

La aplicación del principio de *jurisdicción universal*, tras la reforma del art. 23.4 por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre de 2009, también ha dado lugar a una jurisprudencia de la Audiencia Nacional que merece destacarse y que es el objeto del segundo comentario. En efecto, la Audiencia Nacional (ROJ: AAN 29/2012, Sala de lo Penal, de 23 de marzo) ha realizado una interpretación sesgada de la nueva redacción de dicho precepto, en la que, más allá de una aplicación restrictiva de los criterios introducidos por la reforma, obvia la aplicación de las obligaciones convencionales en la materia.

También le ha correspondido a la Audiencia Nacional pronunciarse sobre un recurso contra una resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación que inadmitió por extemporánea una reclamación de responsabilidad patrimonial por denegación de *protección diplomática*. Aun cuando en su Sentencia (ROJ: SAN 295/2012, Sala de lo Contencioso, de 1 de febrero) la Audiencia Nacional confirma el carácter extemporáneo de la reclamación, toma en consideración para el cómputo del plazo de prescripción de un año previsto en el art. 142.5 de la Ley 39/1992, de RJAP y del PAC, no sólo la fecha de la resolución del MAEC sino igualmente la de un laudo dictado por un Tribunal arbitral CCI a resultas de la solicitud de arbitraje presentada por el particular con fundamento en el Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Cuba. La Audiencia Nacional considera que la fecha del laudo debe ser considerada como *dies a quo* por cuanto la posibilidad de una tal reclamación arbitral fue sugerida por el propio MAEC en su resolución. Por su interés, la Sentencia de la Audiencia Nacional es objeto de un comentario más detallado en esta crónica.

El Tribunal Constitucional por su parte, se ha pronunciado una vez más sobre las *competencias internacionales de las Comunidades Autónomas*, en particular en el ámbito de la cultura y el deporte. En su Sentencia (STC 80/2012, Pleno, de 19 de abril), el Tribunal Constitucional excluye la actividad deportiva en su dimensión internacional de las «relaciones internacionales» ex art. 149.1.3 CE. El recurso de inconstitucionalidad contra el art. 16.6 de la Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del deporte, según la cual «la federación vasca de cada modalidad deportiva será la única representante del deporte federado vasco en el ámbito estatal e internacional», es por tanto desestimado a la luz de una interpretación conforme del contenido del precepto impugnado. La Sentencia descarta que el precepto se encuadre dentro del título competencial de «relaciones internacionales» porque la actividad deportiva en su dimensión internacional no puede calificarse como materia propia de las «relaciones internacionales», en el sentido en el que ha sido definido por la doctrina. Tampoco admite el Tribunal Constitucional que sea un ejercicio competencial en materia de cultura y declara que el precepto impugnado ha de situarse en la materia específica de deporte. Según el Tribunal, el precepto que atribuye a las federaciones vascas la exclusividad en la representación internacional del deporte federado vasco debe ser interpretado de forma que se ciña a los supuestos en los que las federaciones vascas no tienen correspondencia en una federación española sino que participan directamente en una competición internacional porque no se ve involucrado un interés nacional, no se afecta al deporte federado español en su conjunto, ni se incide en la imagen exterior del Estado español.

Como viene siendo habitual, gran parte de la actividad jurisdiccional de los tribunales españoles que contiene referencias al Derecho internacional público nos viene

dada a través de los recursos interpuestos en el marco de las *solicitudes de asilo*. En el periodo de referencia, son varias las sentencias del Tribunal Supremo al respecto que, si bien no cambian la jurisprudencia anterior de dicho Tribunal, merecen reseñarse en la medida en que siguen refiriéndose de manera pormenorizada a la regulación internacional existente, tanto a nivel general como en el marco de la Unión Europea. Por ejemplo, vuelve a recaer una Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 2824/2012, Sala de lo Contencioso, de 27 de abril) sobre la situación de un ciudadano de origen saharauí, apátrida, de Tinduf, cuyo contenido es literalmente idéntico a otras anteriores, reiterando por tanto la doctrina consolidada desde 2008 y que ya ha sido comentada en esta *Revista* en números anteriores (LÓPEZ JURADO, C., *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 1; *REDI*, vol. LXVII, 2010, núm. 2, pp. 226-230). Siempre en el marco de procesos relativos a solicitudes de asilo, el Tribunal Supremo, en dos Sentencias (ROJ: STS 3826/2012 y STS 3847/2012, Sala de lo Contencioso, de 21 y 23 de mayo), ha tomado en consideración, a la hora de aplicar la Ley de Asilo 5/1984, la situación general de conflicto existente en el país de origen del solicitante de asilo en el momento de dictarse la resolución judicial recurrida en casación, tal y como había sido reportada por el ACNUR. Sobre esa base, ha reconocido a solicitantes de asilo provenientes de Costa de Marfil el derecho a la permanencia en España por razones humanitarias al amparo del art. 17.2 de dicha ley. Se desarrollan conjuntamente dichas sentencias en un breve comentario con el fin de resaltar la importancia y la *auctoritas* acordada por este órgano jurisdiccional a los informes del ACNUR.

Asimismo, la Audiencia Nacional se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de solicitudes de asilo. De este órgano jurisdiccional cabe destacar una sentencia (ROJ: SAN 759/2012, Sala de lo Contencioso, de 22 de febrero) que resulta novedosa, no por su resultado —que confirma el rechazo de una solicitud de asilo a causa de la orientación sexual del solicitante— sino por su argumentación. En efecto, el rechazo es el resultado de una falta de pruebas de lo alegado por el solicitante, puesto que la Audiencia Nacional sí reconoce la orientación sexual dentro de los motivos que pueden justificar una concesión de asilo. Es especialmente interesante el hecho de que su argumentación resida en varios instrumentos de *soft law* o Derecho «blando», que introduce en el orden jurídico interno considerándolos como medios de interpretación de los convenios internacionales suscritos por España. En particular, la sentencia pone de relieve que los trabajos elaborados por expertos internacionales pueden ser especialmente útiles para aclarar los términos ambiguos u oscuros establecidos en los convenios internacionales. Y en el caso que nos ocupa, reconoce ese valor al ACNUR respecto de la aplicación de los convenios que protegen a este grupo de personas.

El ámbito de la protección internacional de los *derechos humanos*, como viene siendo habitual, sigue siendo uno de los terrenos más propicios para la proliferación de referencias al Derecho internacional público por parte de los órganos jurisdiccionales españoles. En el periodo de referencia, cabe destacar, en primer lugar, una Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 150/2011, Pleno, de 29 de septiembre), que concierne el *derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio*. El Tribunal Constitucional desestima en este caso el amparo interpuesto contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó a su vez una demanda de indemnización contra el Ayuntamiento de Valencia por contaminación acústica. El recurrente se quejaba de una supuesta vulneración de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Se desestima el amparo porque el recurrente no aportó prueba individualizada que acreditara las circunstancias concretas de su vivienda y de su estado de salud. Por tanto, el Tribunal Constitucional, contrariamente a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos en el caso *Moreno Gómez c. Reino de España* (STEDH, de 16 de noviembre de 2004), insiste en la necesaria acreditación de las circunstancias particulares de la vivienda y del estado de salud del recurrente y considera que la lesión de sus derechos no puede fundarse simplemente, tal y como consideró sin embargo el TEDH, en la existencia probada de contaminación acústica (un nivel de ruidos objetivamente evitables e insoportables que pongan en peligro grave e inmediato la salud y que sean imputables a la acción u omisión del poder público).

El Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional también fundamentan cada vez en mayor medida sus decisiones en el Derecho internacional de los derechos humanos. En particular, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 111/2012, Sala de lo Penal, de 23 de febrero) que, basándose esencialmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, confirma la especial protección que merece el *derecho de defensa* en asuntos en los que la acusación reposa sobre el testimonio de un testigo protegido, dificultando el ejercicio del derecho de defensa del acusado. Si bien el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en ese sentido con anterioridad, se le dedica un comentario a esta nueva sentencia que consolida una jurisprudencia protectora del derecho de defensa del acusado ante la tendencia actual a ir ampliando el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales. También son objeto de comentario otras Sentencias del Tribunal Supremo (ROJ: STS 5/2012 y 6/2012, Sala de lo Contencioso, de 3 de enero, y en términos idénticos ROJ: STS 940/2012, Sala de lo Contencioso, de 21 de febrero) que utilizan asimismo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como argumento central, esta vez en relación con el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la *presunción de inocencia*. Si bien es cierto que las Sentencias del Tribunal Supremo que marcan el cambio en la materia son de 23 de noviembre de 2010, esta *Revista* todavía no había dedicado un comentario al cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo, motivo por el cual se incluye esta nueva jurisprudencia, ahora ya consolidada.

El Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional también siguen reafirmando su doctrina que rechaza la exigencia de instaurar una *doble instancia penal*, amparándose en el existente recurso de casación. Se comenta, a modo de ejemplo, una Sentencia de la Audiencia Nacional (ROJ: SAN 545/2012, Sala de lo Contencioso, de 16 de febrero), que tiene como telón de fondo el secuestro de Segundo Marey, y que concierne a una solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ante la inexistencia de una efectiva doble instancia penal. La solicitud de indemnización se basa en unos dictámenes del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativos a la necesidad de instaurar en España dicha doble instancia penal. La Audiencia Nacional ya ha tenido ocasión de pronunciarse —y de rechazar— en sentencias anteriores pretensiones similares, aludiendo al carácter no vinculante de los dictámenes del Comité, posición que permanece invariable en la presente sentencia. Es probable que el Tribunal Supremo, en caso de recurso, se pronuncie en el mismo sentido, a la luz de una ya consolidada jurisprudencia de este Tribunal que se ampara, a su vez, en la del Tribunal Constitucional. De hecho, en el presente periodo de examen, el Tribunal Supremo (ROJ: STS 1801/2012, Sala de lo Penal, de 13 de marzo) también ha tenido ocasión de referirse a las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta sentencia, además de manifestar cierto desconocimiento de la realidad convencional internacional —cita el Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos como instrumento que se refiere a la exigencia de una doble instancia penal, pero precisa que el único instrumento ratificado por España

sobre esta materia es el Pacto, si bien el Protocolo 7 entró en vigor para España el 1 de diciembre de 2009—, reitera que, con el alcance del recurso de casación, quedan cumplidas las exigencias de recurso efectivo que derivan del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Respecto de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos (y en particular el de 20 de julio de 2000), recuerda que no exigen en modo alguno un cambio de criterio.

En el ámbito del *Derecho del mar*, aunque sin aportar novedades, cabe señalar no obstante una Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 1479/2012, Sala de lo Contencioso, de 8 de marzo) que consolida su jurisprudencia anterior (ROJ: STS 3213/2008, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2008) y remite al Derecho internacional a la hora de definir lo que se entiende por mar territorial, todo ello en el marco de una controversia entre la Junta de Andalucía y la Administración General del Estado. El Tribunal Supremo anula en este caso un Decreto de delimitación de la Comunidad Autónoma por el que se reconocían a ésta competencias en materia de espacios naturales sobre el mar territorial.

En relación con las obligaciones convencionales contraídas por España, debe resaltarse la Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 2691/2012, Sala de lo Contencioso, de 24 de abril) sobre la legalidad del Decreto 94/2003, de 21 de agosto, por el que se regula la tenencia y uso de aves de presa en Castilla y León. En el recurso presentado, la Asociación Española de Cetrería y Conservación de Aves Rapaces cuestiona su compatibilidad con la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)*, así como una posible vulneración de los arts. 93, 96, 149.1.3 y 149.1.8 de la Constitución Española, y de varias Directivas y Reglamentos de la Unión Europea. El Tribunal, en su sentencia desestimatoria del recurso presentado, recuerda no obstante que la Convención CITES es un instrumento internacional que exige unos estándares básicos de protección de las Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, si bien los Estados pueden adoptar medidas adicionales.

Por último, aunque el *Derecho de la Unión Europea* excede del ámbito material de esta *Revista*, nos ha parecido oportuno realizar un breve comentario a una Sentencia del Tribunal Constitucional, así como mencionar una Sentencia del Tribunal Supremo. Respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 1/2012, Pleno, de 13 de enero), concierne la constitucionalidad de un Decreto-ley que modifica la regulación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y que incorpora las Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE al ordenamiento jurídico interno. Dicha *transposición de las Directivas* fue realizada superado el plazo de tres años establecido, lo que motivó que la Comisión Europea abriera sendos procedimientos contra España por incumplimiento. El Tribunal Constitucional considera en este caso que se encuentra motivada la extraordinaria y urgente necesidad del Decreto-ley, pero no por el retraso de la transposición de las Directivas, sino por los dos procedimientos promovidos por la Comisión Europea contra España por incumplimiento, apreciando además que subsiste la finalidad de alcanzar los objetivos ambientales. En cuanto a la Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 3879/2012, Sala de lo Contencioso, de 23 de mayo), que casa la pronunciada previamente por la Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se refiere a los *efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico interno*. En este caso, se trata en particular de los efectos que tiene una Sentencia del TJUE que declara el incumplimiento por parte del Estado español del Derecho de la Unión Europea, concretamente por haber adoptado la Ley 4/1999, de 9 de abril, en

contra de lo establecido en el Reglamento 3577/1992, de 7 de diciembre, en materia de libre prestación de servicios en el ámbito del transporte marítimo. El Tribunal Supremo entiende bien qué es y cuál es el objeto de un procedimiento por incumplimiento y hace una atinada distinción entre los efectos que poseen las sentencias en un procedimiento de anulación y los que posee una sentencia de declaración de incumplimiento, dictadas ambas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Finalmente, debemos destacar que, pese a que las jurisdicciones examinadas han realizado en algunas ocasiones ciertos desarrollos de los conceptos e instituciones de Derecho internacional público, la regla general sigue siendo, como es costumbre en nuestros tribunales, la mención expresa a las fuentes del Derecho internacional público, que son también fuente del ordenamiento interno, pero sin realizar un razonamiento basado en ellas.

3. COMENTARIO DE SENTENCIAS

3.1. Derecho a la verdad y aplicación del Derecho internacional penal por los tribunales españoles

DERECHO INTERNACIONAL PENAL.—Recepción del Derecho internacional público en el Derecho español.—Derecho internacional de los Derechos humanos.—Derecho internacional humanitario.—Imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.—Derecho a la verdad.—Principio de legalidad.—Principio de irretroactividad.—Leyes de amnistía.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 27 de febrero de 2012 (ROJ: STS 813/2012). Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012012100075.

El procesamiento y posterior absolución del Magistrado Baltasar Garzón Real por prevaricación, en relación con una decisión relativa a los llamados «juicios de la verdad» en España, no sólo posee connotaciones históricas y sociales, sino que también ha tenido una gran trascendencia para el Derecho internacional público. En efecto, el motivo más importante para examinar esta sentencia en profundidad radica en el hecho de que, una vez más, se producen fisuras en el ámbito judicial, en el seno del mismo Tribunal Supremo, y entre éste y la Audiencia Nacional, precisamente por la aplicación del Derecho internacional público en el ámbito interno, aplicación que suscita aún conflictos más intensos cuando se trata del Derecho internacional de los derechos humanos, y, más concretamente, de su reverso, el Derecho internacional penal.

Los antecedentes de esta sentencia se hallan en una querrela por prevaricación contra el Magistrado Baltasar Garzón, formulada por la representación del Sindicato de Funcionarios Públicos «Manos Limpias», a la que se acumuló la causa incoada por la Asociación Civil Libertad e Identidad, en ejercicio de la acción popular. El objeto de dicha denuncia se hallaba en la aceptación de la competencia para tramitar la causa por parte de dicho Juez de la Audiencia Nacional en relación con varios delitos de detención ilegal, ocurridos durante los años de la Guerra Civil y siguientes de la posguerra, entre 1936 y 1952 (Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 2008).

No vamos a profundizar en el delito de prevaricación del art. 446 del Código Penal, aunque debemos señalar que el elemento subjetivo del mismo es objeto de los dos votos particulares que se anexan al fallo: por un lado, el voto particular concurrente del Magistrado Julián Sánchez Melgar, que abunda en la sentencia absolutoria, al destacar que no existió una interpretación errónea por el juez a sabiendas de su injusticia; por otro, el voto particular del Magistrado José Manuel Maza Martín que, en unas diez páginas, ahonda en una serie de motivaciones espurias atribuibles al magistrado que resultó absuelto, y que conformarían plenamente, a su juicio, el elemento subjetivo del delito.

Nos vamos a detener, en cambio, en el arduo camino de la argumentación jurídica que conduce al Tribunal Supremo a apartarse, al menos parcialmente, de su línea jurisprudencial anterior en el caso *Scilingo* (STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007), siempre tomando en consideración que en este último asunto se trataba de la aplicación del principio de jurisdicción universal y en el caso que nos ocupa no. Dicho tortuoso sendero jurídico tomado por nuestro Tribunal Supremo pasa, así, por: negar la existencia de una actividad jurisdiccional relativa al «derecho a la verdad»; cerrarse en banda a la aplicación del Derecho internacional convencional y consuetudinario en relación con los crímenes contra la humanidad, amparándose en el principio de legalidad e irretroactividad; y mantener la legalidad y aplicabilidad de la Ley de Amnistía de 1977.

El primer impedimento examinado por el Alto Tribunal respecto del auto de la Audiencia Nacional se refiere a la imposibilidad de contar, en nuestro sistema procesal, con una actividad jurisdiccional de «mera indagación sin una finalidad de imposición de la pena» (párr. 4 del FJ 1.º). A su juicio, esta actividad, en relación con el «derecho a la verdad» de las víctimas corresponde al Estado y a los historiadores, y no a un juez de instrucción. No se tiene en cuenta el Comentario General sobre el Derecho a la Verdad en relación con las Desapariciones Forzadas que elaboró el *Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas*, cuando afirma que dicho derecho implica no sólo la creación de comisiones de la verdad, sino también llevar a cabo investigaciones penales (Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforce Disappearances*, julio de 2010).

En segundo lugar, el Tribunal Supremo entra a analizar las causas que llevaron al Juez instructor a incurrir en error en la interpretación del Derecho, aunque no en prevaricación. La primera, la calificación de los hechos, error que, en su opinión, arrastra otros. La calificación del delito por la Audiencia Nacional fue de «delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la humanidad». Esta argucia jurídica es utilizada por el Juez Garzón para sortear los posibles problemas de irretroactividad, ya que los crímenes contra la humanidad no estaban tipificados en el Código Penal español en el momento de los hechos y, en cambio, la detención ilegal sí.

Sin embargo, es en el contexto de crímenes contra la humanidad donde el Tribunal Supremo se encarga de dar su particular interpretación de la aplicación del Derecho internacional penal en el ámbito interno. De esta manera, siguiendo su jurisprudencia en el asunto *Scilingo*, afirma la necesidad de «transposición» de las normas internacionales en el ordenamiento interno español, para que estas normas se puedan aplicar, y hace referencia a los arts. 93 y siguientes de la Constitución. Pues bien, el artículo de aplicación al caso sería el 96 de nuestra Carta Magna que, por cierto, no habla de «transposición», sino de la «recepción» del Derecho internacional convencional

en nuestro ordenamiento interno, cuestión diferente (JIMÉNEZ CORTÉS, C., «La lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en España: de la persecución de Pinochet a la inculpación del Juez Garzón», en *La lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en España: de la persecución de Pinochet a la inculpación del Juez Garzón*, ICIP Working Papers 2011/1, en particular pp. 23-33). En todo caso, si atendemos al Derecho internacional consuetudinario, éste, a juicio del Tribunal Supremo, no puede «rellenar» las exigencias de tipicidad de nuestro Derecho penal, sin perjuicio de lo que el Tribunal llama en repetidas ocasiones «la cultura de defensa de derechos humanos» o la «fuerza expansiva de los derechos humanos». Todo ello como si el Derecho internacional de los derechos humanos no fuera sino una ciencia esotérica, y no una rama del Derecho internacional perfectamente consolidada.

La referencia al Derecho consuetudinario y su recepción aún merecen mayor atención, puesto que el Juez Garzón invoca en su auto la vigencia en el momento de los hechos de la *Cláusula Martens* (que aparece por primera vez en el *II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*) y de los *Principios de Nuremberg* de 8 de agosto de 1945. También en lo referente a la *Cláusula Martens* se aparta el Tribunal Supremo, en este asunto, de lo mantenido en el caso *Scilingo*, en el que afirmó que la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto, el de crímenes contra la humanidad, que permite la atribución de un carácter de «injusto» a conductas ya de por sí delictivas (STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007, párr. 3.2 del FJ 6.º). Cuestión diferente es que discutamos sobre el verdadero valor jurídico de dicha cláusula, y la adecuación de su invocación por parte del Auto de la Audiencia Nacional que está en tela de juicio. En este sentido, sólo cabe destacar que no hay una interpretación oficial de la *Cláusula Martens*, por lo que es objeto de diversas interpretaciones. En todo caso, para el Tribunal Supremo, en el asunto que nos ocupa, el problema de la *Cláusula Martens* a efectos de su aplicación en este caso es que «aparece redactada en términos muy genéricos [...] y sin previsión de una consecuencia jurídica a su inobservancia» (FJ 3.º), por lo que apuesta nuestro órgano judicial por una interpretación inusitada de dicha Cláusula, ajustándole el corsé del principio de legalidad de manera muy restrictiva.

Los otros instrumentos mencionados por el Auto de la Audiencia Nacional para salvar los obstáculos jurídicos, optando por la aplicación del Derecho consuetudinario, son los *Principios de Nuremberg*, que fueron afirmados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas precisamente en el marco de una codificación de los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad. La Resolución 95 (I) de la Asamblea General fue la que aprobó dichos Principios, y es sabido que las resoluciones de este órgano no son de carácter vinculante. Sin embargo, es cierto que con este paso se sentaron las bases para que dichos Principios se convirtieran en Principios Generales de Derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de la Comunidad Internacional, y en este sentido apunta el asunto *Kolk y Kislyiy c. Estonia* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kolk y Kislyiy c. Estonia* (asuntos núms. 23052/04 y 24018/04), Decisión de admisibilidad, 17 de enero de 2006]. Pero el Tribunal Supremo no tiene en cuenta estos elementos y tan sólo afirma que estos Principios no estaban vigentes en el momento de la comisión de los hechos, puesto que fueron incorporados por la ratificación por España de los Convenios de Viena en 1952.

Para nuestra alta instancia judicial, estos principios fueron incorporados a nuestro ordenamiento a través de la ratificación por España de los Convenios de «Viena» de 1952, y sería esa la fecha a tener en cuenta como punto de partida, sobre todo a la

luz de que España realizó una reserva excluyendo la aplicación del Derecho consuetudinario. Suponemos que el Tribunal se refería a los Convenios de Ginebra, puesto que son los mencionados por el propio Garzón, aunque éste, a su vez, también incurre en un error importante, cuando afirma que el art. 85 de estos Convenios remite a los *Principios de Nuremberg*, artículo que no menciona dichos principios en absoluto. Partiendo de un error del Auto de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo profundiza aún más en él y se recrea, llegando incluso a confundir convenios con objetos completamente diferentes, el de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados y las Convenciones de Ginebra de 1949, en relación con el Derecho internacional humanitario. Hace, así, acto de aparición, una vez más, la aplicación «confusa» de un Derecho internacional, de nuevo «confuso», al menos para los órganos judiciales españoles.

En definitiva, se aparta, una vez más, nuestro Tribunal de lo sostenido por la Audiencia Nacional, y de lo mantenido por la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Kolk y Kislyiy c. Estonia*. En este último caso, el Tribunal entendió que no era una vulneración del principio de legalidad el hecho de que un tribunal interno estonio aplicara el concepto de crimen contra la humanidad mediante la vía del Derecho internacional consuetudinario en vigor. El Tribunal Supremo, en cambio, utiliza esta sentencia de la instancia europea con finalidades extrañas o, cuanto menos, sospechosas. Digo sospechosas porque dicha sentencia se refiere a una condena por crímenes contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero, conforme a la misma, el órgano judicial de España entiende que, para que sean punibles dichos crímenes, se ha de dar el conocimiento por los infractores o por el país al que pertenecen de que esos hechos son dignos de ser castigados.

En este caso, Rusia conocía del carácter punible de los hechos, por su participación en la redacción de los *Principios de Nuremberg* y su pertenencia a las Naciones Unidas. Se ampara en este argumento el Tribunal Supremo, para alegar, no sólo que no era ilícita, de acuerdo con el principio de legalidad y el Derecho en vigor en la época, la conducta llevada a cabo por los acusados por el Auto de la Audiencia Nacional, sino también que éstos y el Estado español no sabían que su conducta era ilícita. A sensu contrario, podemos entender que la motivación última de esta alegación reside en que España en ese momento no era miembro de la ONU ni había participado en la redacción de los Principios antes mencionados (*Human Rights Watch*, «Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo. Los argumentos de partida: La “contextualización” de los hechos como crímenes contra la humanidad», 11 de marzo de 2012).

Sin embargo, si ahondamos en el contexto en el cual se da la mencionada afirmación sobre dicho conocimiento del carácter antijurídico de los hechos en la Sentencia del Tribunal Europeo, vemos cómo en absoluto se utiliza con carácter limitativo. Antes bien, la instancia europea confirma la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad, y destaca que no existe una limitación en su aplicación a los hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. La referencia al conocimiento de la ilegalidad de los hechos sólo la realiza cuando afirma que la validez universal de dichos principios se aplicaría incluso si los actos cometidos por los demandados pudieran ser considerados legales conforme al Derecho soviético en vigor en el momento. Por lo tanto, la invocación que realiza el Tribunal Supremo a este argumento parte de su descontextualización y la atribución al mismo de un valor diferente al que le otorga la Sentencia del Tribunal Europeo. Y, en todo caso, cabría recordar a nuestro Tribunal su propia jurisprudencia en el caso *Scilingo*, cuan-

do afirmaba que «la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra ellos» (STS 798/2007, de 1 de octubre, párr. 7 del FJ 6.º).

E igualmente, cabe recordar que, conforme al art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional [...]». En esta misma línea apunta el art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece un mínimo general, sin impedir que cada Estado posea su propia formulación de legalidad en relación con la aplicación de su Derecho penal por sus tribunales internos.

En cambio, el Tribunal Supremo pierde la oportunidad, para rebatir los argumentos apuntados, de invocar una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sí es pertinente. Se trata del asunto *Kononov c. Letonia* [Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kononov c. Lettonie* (asunto núm. 36376/04), de 24 de julio de 2008], lo que le hubiera proporcionado buenos argumentos a su favor en relación con el principio de legalidad y de irretroactividad. En esta sentencia, en relación con la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal de Estrasburgo estimó que el demandado Vassili Kononov no podía prever, cuando ocurrieron los hechos por los que se le condenó, que esos actos pudieran ser constitutivos de crímenes de guerra, y por tanto no había base jurídica en el Derecho internacional para acusarle. Esta sentencia es, no obstante, muy discutida como lo demuestran sus tres opiniones disidentes. Y, en todo caso, nos resistimos a creer que la existencia de este debate exprese la vigencia de una diferente concepción por parte de los países miembros del Consejo de Europa respecto del proceso de consolidación experimentado por el Derecho internacional penal. Al contrario, preferimos creer que dicha discusión proviene de la dificultad de analizar, en el asunto puntual mencionado, con la suficiente claridad jurídica, los hechos ocurridos en ciertos países afectados por la Segunda Guerra Mundial en una coyuntura geopolítica muy distinta a la que existe en la actualidad.

Esta falta de claridad en torno a la aplicación del Derecho internacional penal en el momento de los hechos, le incita al Tribunal, en esta sentencia, a disentir de su propia jurisprudencia en el caso *Scilingo* (en el que afirmaba: «Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al Derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho internacional penal»). En consecuencia, llama la atención que la Audiencia Nacional siga una línea jurisprudencial, como ejemplificó en su Sentencia 16/2005, en el caso *Scilingo*, favorable a la recepción del Derecho internacional en el Derecho interno español, más concretamente del Derecho internacional penal (Audiencia Nacional, Sentencia 16/2005, de 19 de abril de 2005, párr. 3 del FJ 1.º), mientras que el Tribunal Supremo se distancia de esta línea jurisprudencial.

Descartada por el Tribunal Supremo la correcta aplicación del Derecho internacional convencional o consuetudinario en el Auto de la Audiencia Nacional, vamos a examinar, tal y como hace esta instancia, si es posible la aplicación del Derecho interno de manera correcta. Así, en cuanto a la imposibilidad de aplicación retroactiva del art. 607 bis de nuestro Código Penal dedicado a los crímenes contra la humanidad,

nos encontramos con la mención del Tribunal Supremo a dos Decisiones del Comité de Derechos Humanos en relación con la irretroactividad de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su aplicación a Argentina. Basta señalar que estas decisiones se refieren a dos comunicaciones individuales y a la interpretación del convenio mencionado en relación con la responsabilidad del Estado por vulneración de derechos humanos. En absoluto tienen que ver con el ámbito de la legalidad penal en el orden interno de un Estado, conformada por los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución Española, por lo que la referencia a estas Decisiones nos parece extemporánea e inconveniente.

El siguiente «escollo», mencionado por el auto de la Audiencia Nacional y que también procedió a desmontar el Tribunal Supremo gira en torno a la imprescriptibilidad de los hechos y, en todo caso, a la aplicación de la Ley de Amnistía de 1977. Comenzando por la imprescriptibilidad, vemos cómo la aplicación directa de los tratados en España, en particular del *Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* (1968) le suscita dudas al Tribunal Supremo, puesto que dicho Convenio referido por el auto de la Audiencia Nacional no había sido ratificado por España en el momento de comisión de los hechos. Y, por supuesto, más dubitativa se muestra nuestra alta instancia judicial en relación con el Derecho internacional consuetudinario en referencia a la imprescriptibilidad de dichos crímenes y su aplicación directa en España.

En cuanto a la legalidad y aplicabilidad de la Ley de Amnistía de 1977, puesta en duda por el Auto de la Audiencia Nacional que la califica de nula de pleno derecho, también discute el Tribunal Supremo dicho argumento en referencia a los crímenes contra la humanidad. En este sentido, la Audiencia Nacional recuerda que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado, sobre la base de un gran número de amnistías en América Latina, que el contexto de la reconciliación nacional no es suficiente para validar las amnistías. Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado, en el caso *Barrios Altos*, de 14 de marzo de 2001, que las leyes de amnistía núm. 26479 y núm. 26492 de Perú son incompatibles con la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos. Pero, claro está, nuestro Tribunal Supremo estima que esta jurisprudencia no es vinculante para España, cuestión que no admite discusión. Sin embargo, más discusión admite la referencia del Tribunal a que no estaría en vigor en el momento de comisión de los hechos la norma consuetudinaria que establece la prohibición de la amnistía en relación con delitos que afectan al contenido esencial de los derechos humanos. Igualmente, parece preocupante que, para el Tribunal, las distintas recomendaciones por parte del Consejo de Europa o, en el ámbito de las Naciones Unidas, del Comité de Derechos Humanos en relación con la Ley de Amnistía española sean meramente «recomendaciones y observaciones y no [...] denuncias de incumplimiento». Nada que objetar, pero recordemos que sí implica obligaciones internacionales para España su ratificación de los tratados internacionales que sirven de base a la actuación de los distintos órganos encargados de la promoción y protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el regional europeo.

En definitiva, y mientras que en el caso *Scilingo*, el Tribunal Supremo afirmaba que no podía deducirse que las normas de Derecho internacional penal consuetudinario, en cuanto se referían a delitos contra el núcleo duro de los derechos humanos esenciales, pudieran ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas (STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007, párr. 5 del FJ 6.º), en la sentencia que nos

ocupa el Tribunal se limita a hablar sin cesar de la «fuerza expansiva de los derechos humanos» (FFJJ 5.º y 6.º). Esa mención a la «fuerza» es inquietante, cuando no se refiere a la obligatoriedad jurídica de los mismos, sino a una especie de emanación etérea que permite que los derechos humanos impregnen el ambiente en el que se toman las decisiones judiciales sin más. El Derecho internacional de los derechos humanos, amén de ser una rama sólida del Derecho internacional público, posee más virtudes que la de funcionar como criterio hermenéutico, aunque nuestro Tribunal Supremo se empeñe en limitar su papel a ese. Confiemos en que en un día no muy lejano, algunos jueces españoles apliquen el Derecho internacional público con fluidez y seriedad, conscientes de su valor jurídico, también en el ámbito interno. Eso significará que verdaderamente nos hemos creído que estamos inmersos en una Comunidad internacional con un ordenamiento jurídico que la regula, inspirado, entre otros, por el principio de respeto a los derechos humanos.

Carmen QUESADA ALCALÁ
Universidad Nacional de Educación a Distancia

3.2. Jurisdicción universal y justificación jurídica de los medios empleados para la lucha contra el terrorismo, en particular en Guantánamo

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Concurrencia de jurisdicciones.—Subsidiariedad.—Convenios de Ginebra de 1949.—Terrorismo.—Guantánamo.

Preceptos aplicados: art. 23.4 LOPJ.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 23 de marzo de 2012 (ROJ: AAN 29/2012). Ponente: Nicolás Poveda Peñas.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220012012200001.

La polémica reforma, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) es, una vez más, el marco legal que justifica el archivo, por parte de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de la presente causa. Ahora bien, la resolución judicial de dicho tribunal es, más que una consecuencia de la nueva redacción de dicha disposición, el resultado de una interpretación restrictiva que realiza el órgano jurisdiccional y que se aleja incluso del texto reformado del art. 23.4 de la LOPJ.

Este caso tiene su origen en dos memorandos estadounidenses, elaborados por un grupo de asesores jurídicos del Presidente de los Estados Unidos tras los atentados del 11-S y cuya finalidad última es la justificación de la legalidad del uso de la tortura como método para luchar contra el terrorismo, en particular en el centro de detención ubicado en Guantánamo. La querrela va dirigida contra dichos asesores, a quienes se acusa de haber intervenido «en la elaboración, aprobación y puesta en funcionamiento de un cuerpo de Derecho positivo para: [p]rivar de derechos fundamentales a una serie de prisioneros; [e]structurar e implementar nuevas técnicas de interrogatorio que abarcan hasta la tortura; [d]ar cobertura legal a la situación de estos prisioneros, amparando a los que participan en las ilícitas torturas; [y] sobre todo establecer la más absoluta impunidad para todos los funcionarios, militares, médicos y demás personal que ha participado en lo sucedido en el Centro de Detención de Guantánamo» (FJ 1.º).

En su Auto, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestima el recurso de apelación interpuesto por los querellantes, confirmando así los Autos del Juzgado Central de Instrucción (JCI) núm. 6 en los que se negaba la competencia de los tribunales españoles. La Sala de lo Penal retoma los argumentos del JCI que reposan esencialmente en una aplicación sesgada y una interpretación restrictiva del art. 23.4 de la LOPJ.

Cabe recordar que, con la reforma de 2009, fundamentalmente, se añade el apartado siguiente al art. 23.4: «[s]in perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreeserá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior».

Mucho se ha dicho sobre los cuatro criterios introducidos en este artículo y cuya consecuencia sería la limitación de la competencia de los tribunales españoles. Sin entrar ahora en esa polémica, cabe señalar más sencillamente que, en el caso que nos ocupa, el órgano jurisdiccional español se limita a aplicar dichos criterios sin tomar en consideración la cláusula de salvaguarda que inicia el apartado: «[s]in perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España». Y en este caso, tal y como recuerda el propio Auto de la Audiencia Nacional, se imputa a los querellados «la comisión de un delito contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, acaecido en territorio no español, habiéndose afectado, según el querellante, los derechos fundamentales contenidos en la Convención de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales y los emitidos contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» (FJ 1.º). Sin detenernos en las —desgraciadamente— recurrentes inexactitudes de los órganos jurisdiccionales internos a la hora de citar convenios internacionales, es obvio que la Audiencia alude a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y, en este caso, en particular al III Convenio, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y al IV Convenio, referido a la protección de las personas civiles. Estos Convenios presentan la característica de establecer, en sus arts. 129.2 y 146.2 respectivamente, la obligación de perseguir y juzgar a los autores de infracciones graves de tales convenios: «[c]ada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad».

Por tanto, la nueva redacción del art. 23.4, y en particular la cláusula de salvaguarda que reenvía a lo dispuesto por los convenios internacionales, a la luz de los artículos citados de los Convenios de Ginebra, conlleva el reconocimiento de la competencia de los tribunales españoles en la medida en que se trata de una obligación impuesta convencionalmente y que el legislador español la ha introducido en su ordenamiento jurídico en el art. 23.4 de la LOPJ, y ello tanto antes como después de que este artículo sea modificado. Por tanto, las cuatro condiciones al ejercicio de la jurisdicción que se desarrollan en el art. 23.4 de la LOPJ no deberían haber sido siquiera objeto de examen por parte de los tribunales españoles, al quedar este caso exento de su aplica-

ción, en la medida en que respondía a un supuesto de aplicación de *lo dispuesto en un convenio internacional suscrito por España*.

Sin embargo, el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al igual que el del JCI núm. 6, obvian esa primera cláusula para centrarse exclusivamente en los criterios que introduce la reforma del art. 23.4 de la LOPJ y realizar una interpretación discutible. En efecto, ambos órganos jurisdiccionales rechazan la competencia de los tribunales españoles al considerar que estamos ante un caso de conflicto de jurisdicciones y que «[e]l hecho de la concurrencia del procedimiento previo en país competente por razón de nacionalidad y territorialidad, excluye la competencia del Juzgado o Tribunal español, ya que en este tipo de situaciones prima el principio de subsidiariedad, en coexistencia con el principio de concurrencia de jurisdicciones, si bien como ya estableciera el auto de este Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 1/09, de 9 de julio, confirmado por el Tribunal Supremo, mediante resolución de fecha 4 de marzo de 2010, cuando concurren ambos existe prioridad del “*locus delicti*”».

Por una parte, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se decanta por una interpretación del principio de subsidiariedad que no responde realmente a la definición de dicho principio, en la medida en que se aleja de la idea según la cual debería prevalecer la jurisdicción más eficaz para la persecución del delito. En realidad, lo que hace es aplicar, de manera general y sin entrar en detalle, el criterio introducido en el art. 23.4 según el cual decae la competencia de los tribunales españoles «en todo caso» cuando en otro país competente (en este caso Estados Unidos) o en el seno de un Tribunal internacional «se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles». Pues bien, la Sala de lo Penal, al igual que el JCI, considera que éste es el motivo que le obliga a desestimar el recurso de apelación en la medida en que «no cabe la menor duda de que las Autoridades competentes norteamericanas, han realizado una serie de investigaciones y de procesos judiciales que tienen por objeto los hechos que aquí se denuncian y que se relacionan detalladamente en el auto recurrido» (FJ 4.º). Dicho de otro modo, aplica el principio de subsidiariedad siempre a favor del país que ya está llevando a cabo una investigación y persecución efectiva, y en particular cuando se trata del *forum delicti commissi*.

Además, a modo de *obiter dictum*, la Sala de lo Penal precisa su interpretación de la investigación y persecución efectivas a las que se refiere el art. 23.4 LOPJ: «la existencia o no de un proceso o investigación con las debidas garantías, que imponen la existencia en primer lugar de un proceso o investigación efectiva; sin demora y con una sustanciación independiente e imparcial, exigencia que decae cuando se advierta la no disposición del enjuiciamiento o la imposibilidad de realizarlo» (FJ 3.º).

Por otra parte, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional recuerda su jurisprudencia previa respecto de la concurrencia de criterios de competencia (territorialidad y personalidad pasiva) en la que ya hizo primar el criterio de la territorialidad, y por tanto no toma en consideración la existencia de víctimas de nacionalidad española. Se trata, una vez más, de una interpretación de los criterios del art. 23.4 de la LOPJ que la Audiencia Nacional está consolidando y que va más allá de lo dispuesto en el texto de la LOPJ.

Por último, cabe destacar el voto particular de los Magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solares que sí reconocen la competencia de los tribunales españoles y alertan acerca del «lamentable vacío de jurisdicción que dejará impunes graves crímenes de Derecho internacional en abierta

contradicción con los tratados internacionales y otras normas de Derecho internacional que vinculan directamente a nuestra jurisdicción».

Ana PEYRÓ LLOPIS
Universidades de Cergy-Pontoise y Jaume I

3.3. Protección diplomática y responsabilidad patrimonial de la Administración

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA.—Posible responsabilidad patrimonial de la Administración por su denegación.—Extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad.—Relación entre protección diplomática y arbitraje de inversiones.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a), de 1 de febrero de 2012 (ROJ: SAN 295/2012). Ponente: José Luis Requero Ibáñez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230042012100026.

Esta Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) tiene por objeto el recurso interpuesto contra una resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) que inadmitió por extemporánea una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en nombre de la entidad española FLM Internacional S. L. por denegación de protección diplomática. El relato de los hechos que se ofrece a continuación está tomado de la propia sentencia.

FLM solicitó en enero de 2002 protección diplomática frente a Cuba por denegación de justicia, considerando merecedora de tal calificación la situación creada por un conjunto de resoluciones dictadas por sus tribunales como consecuencia de una reclamación contra dos sociedades —la italiana AMARAT y la británica EUROLATINA— por impago de una deuda derivada de un contrato de préstamo.

AMARAT y EUROKEY —a la que la sentencia equipara, sin mayor precisión, a EUROLATINA— celebraron un contrato de préstamo para la compra de polipropileno. Tras una cesión de crédito por AMARAT, FLM realizó la entrega de parte del préstamo a EUROLATINA (poco más de 87.000 dólares). En devolución de esta cantidad, EUROLATINA emitió un cheque que, en síntesis, la entidad española no pudo cobrar por falta de fondos en la cuenta del librador.

Interpuesta demanda ante el Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana y tras declararse EUROLATINA en rebeldía, FLM obtuvo el bloqueo hasta un determinado importe de las cantidades debidas a AMARAT por dos sociedades, entre ellas ACINOX (una siderúrgica cubana). Sin embargo, la medida cautelar fue levantada por el Tribunal en relación con los pagos debidos por ACINOX tras recibir un escrito de esta entidad en el que se advertía de las consecuencias negativas que podía tener para la economía cubana al poner en riesgo un contrato de suministro de acero suscrito entre ACINOX y AMARAT. Finalmente, el Tribunal dictó sentencia declarando nulo el contrato de préstamo por considerarlo un negocio simulado que pretendía encubrir el préstamo para la compra de propileno entre EUROLATINA y FLM (sociedad no autorizada para operar en Cuba ni inscrita en el correspondiente registro de sociedades extranjeras) y absolvió a AMARAT, acordando el desembargo de sus bienes. No obstante, el Tribunal condenó a EUROLATINA (en rebeldía) a la devolución de la cantidad recibida en préstamo.

Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo de Cuba rechazó que el contrato de préstamo fuera simulado, estimando que el hecho de que FLM no reuniera los requisitos legales para invertir en Cuba carecía de efectos mercantiles. Posteriormente, confirmó la condena a EUROLATINA y dejó sin efecto el embargo sobre los bienes de AMARAT.

Tras diversas gestiones diplomáticas realizadas por el Embajador de España en Cuba ante las autoridades de este país (cartas que no recibieron respuesta) y descartado por el Cónsul español la posibilidad de ejercer «asistencia consular» al haberse agotado la vía judicial, el MAEC solicitó la opinión de su Asesoría Jurídica Internacional (AJI). En su Dictamen, la AJI no apreció la existencia de un hecho internacionalmente ilícito imputable a Cuba; no obstante, terminaba sugiriendo que se estudiara la posibilidad de presentar una reclamación en el marco del Acuerdo entre España y Cuba sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1994 («APPRI España-Cuba»). De la sentencia parece desprenderse que la resolución del MAEC de 12 de noviembre de 2002 denegando la protección diplomática recogía la sugerencia hecha por la AJI. En enero de 2003 el recurrente se dirigió de nuevo al MAEC manifestando su discrepancia con la resolución, lo que dio lugar a un nuevo escrito del Ministerio, fechado el 25 de marzo de 2003, en el que reiteraba su decisión.

En estas circunstancias, FLM acudió al procedimiento de arreglo de controversias previsto en el art. 11 del APPRI España-Cuba. Y así, tras dirigirse a las autoridades cubanas con vistas al logro de un arreglo amistoso y cumplir con el plazo de espera de seis meses previsto en dicho precepto, presentó una solicitud de arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la CCI de la que resultaron dos laudos: un laudo parcial (2005) en el que estimaba que FLM debía ser considerado como «inversionista» a los efectos del APPRI, y el laudo final (2006) que descartó la violación por parte de Cuba del APPRI y, en particular, que FLM fuera objeto de trato arbitrario o discriminatorio o que hubiera sufrido indefensión (no hemos tenido acceso a dichos laudos). Posteriormente el demandante promovió una querrela criminal «contra los árbitros, la Cámara de Comercio y el Centro Español de la misma», que fue inadmitida en 2007 mediante auto. Finalmente, el recurrente formuló el 3 de julio de 2008 reclamación de responsabilidad patrimonial, que el MAEC inadmitió por extemporánea.

En su sentencia, la AN desestima el recurso confirmando el carácter extemporáneo de la reclamación de responsabilidad. Sin embargo, llega a esta conclusión con un fundamento distinto al ofrecido por el MAEC.

Recuérdese que, de acuerdo con el art. 142.5 de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial prescribe al año de «producido el hecho o el acto que motive la indemnización o *de manifestarse su efecto lesivo*» (cursiva añadida). Pues bien, el MAEC estimó que la reclamación fue extemporánea tanto si tomaba como *dies a quo* el 12 de noviembre de 2002 (fecha de la resolución denegando la protección diplomática) como el 25 de marzo de 2003 (fecha del escrito del MAEC reiterando su criterio). Por el contrario, la Sala de lo Contencioso de la AN considera que «la reclamación de responsabilidad no queda ceñida a la negativa a otorgar esa protección, sino a esa negativa y a sus consecuencias», advirtiendo que:

«[...] el principio de la *actio nata* impide el inicio del cómputo del plazo de prescripción mientras no se conozcan el alcance del daño y, en general, los elementos fácticos y jurídicos necesarios para el ejercicio de la acción. Por esta razón este efecto va más allá de esa segunda resolución para extenderse a sus consecuencias que se han completado con el fin del procedimiento arbitral sugerido por la Administración y que finalizó mediante el laudo de 11 de julio de 2006. Como la reclamación de responsabilidad patrimonial se

presentó el 3 de julio de 2008 es obvia su extemporaneidad tanto si se toma como *dies a quo* del plazo anual antes citado el 25 de marzo de 2003 como el momento en que se dicta el laudo» (FJ 4.º).

Por lo demás, la AN niega eficacia interruptiva del plazo de prescripción a la querrela promovida por el demandante al tener un objeto y unos sujetos (la posible prevaricación de los árbitros y otros) diferentes tanto de la denegación de la protección diplomática como del procedimiento arbitral (FJ 6.º).

La afirmación por parte de la AN de que la fecha del laudo final debía ser igualmente considerada como *dies a quo* supone admitir que de la sugerencia formulada por la AJI —y recogida en la resolución del MAEC— de que se estudiase la posibilidad de una reclamación arbitral en el marco del APPRI España-Cuba pudiera haberse derivado responsabilidad patrimonial. Sin embargo, esta tesis carece a nuestro juicio de todo fundamento.

Para afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración es requisito *sine qua non* que se acredite la existencia tanto de un daño como de un nexo causal entre la lesión sufrida por el particular y la acción u omisión de los servicios públicos. Pues bien, aun admitiendo que FLM hubiera sido víctima de un hecho internacionalmente ilícito imputable a Cuba, el daño causado se habría materializado con el agotamiento de los recursos disponibles ante sus tribunales, sin que quepa apreciar la existencia de un nexo causal, siquiera indirecto, entre la falta de protección diplomática por parte de España y el daño sufrido, aspecto sobre el que volveremos más tarde.

Pero tampoco cabe apreciar nexo causal entre la sugerencia formulada por el MAEC y el daño sufrido por el particular y ello aunque admitiéramos en hipótesis que el laudo arbitral le ocasionó un daño indemnizable. El MAEC no impuso a FLM ninguna solución; ni siquiera cabe entender que le incitara a presentar la reclamación arbitral. El MAEC tan sólo le sugirió que estudiase una posible vía de reclamación que únicamente FLM podía decidir activar y que, obviamente, ésta estimó oportuna para la defensa de sus intereses (para lo cual debió requerir el asesoramiento de abogados expertos en la materia). Seguramente huelga recordar que el APPRI en cuestión —como todos los APPRI celebrados por España— articula un mecanismo de arreglo de controversias entre el inversor extranjero y el Estado huésped de la inversión que las partes en el Acuerdo ponen a disposición del inversor y en el que el Estado de su nacionalidad no interviene en modo alguno.

Más aun, debe recordarse que los APPRI configuran el arbitraje que ponen a disposición de los inversores extranjeros como una alternativa a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, una alternativa más beneficiosa para el particular tanto por su mayor eficacia como por no depender de una decisión discrecional de dicho Estado. En el caso de reclamaciones *ex APPRI* ante el CIADI, el ejercicio de la protección diplomática está incluso expresamente descartado en virtud del art. 27 del Convenio de Washington de 1965, al menos una vez que el particular somete la controversia al arbitraje (puede llegar incluso a entenderse que excluye la protección diplomática en relación con toda controversia cubierta por el correspondiente APPRI; véase DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «Protección diplomática v. arbitraje de inversiones», *Liber Amicorum J. A. Pastor Ridruejo*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 469 y ss., en pp. 499 y ss.). En el caso del APPRI España-Cuba, no se contempla la posibilidad de acudir al arbitraje del CIADI (al no ser Cuba parte en el Convenio de Washington), sino únicamente al arbitraje ad hoc UNCITRAL o al arbitraje de la CCI. Pero entendemos que la regla del art. 27 del Convenio de Washington se encuentra implícita en todo APPRI

y cualquiera que sea la institución o el reglamento arbitral aplicable (VIVES CHILLIDA, J. A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 163).

Pero es que, además, no es posible entender que el laudo final dictado por el Tribunal arbitral en 2006 causara un daño indemnizable. De acuerdo con el art. 141.1 de la Ley 30/1992, sólo son indemnizables «las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Pues bien, no parece razonable entender que un laudo dictado por un Tribunal arbitral en el marco de un APPRI celebrado por España pueda ser causante de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. El laudo no sólo es el resultado de una reclamación formulada por el propio particular, sino que se basa en un Tratado internacional que forma parte del ordenamiento español (art. 96 de la Constitución) y que se ajusta a las exigencias del debido proceso (art. 24.2).

Así pues, entendemos que el Tribunal no podía considerar la fecha del laudo final como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción previsto en el art. 142.5 de la Ley 30/1992. Por lo demás, aun cuando ello no sea relevante a los efectos de la decisión de la AN, no podemos dejar de señalar que, del relato de los hechos que ofrece la sentencia, no se observa ningún elemento que pudiera llevar a pensar que el Tribunal arbitral erró en su laudo final. Si acaso, cabría más bien cuestionar que tuviera jurisdicción, pues no resulta pacífico entender que el préstamo objeto de la reclamación ante los tribunales cubanos tuviera la consideración de «inversión» a los efectos del APPRI España-Cuba. Somos conscientes de que la «jurisprudencia arbitral» ha llegado a reconocer que un contrato de préstamo o la adquisición de efectos mercantiles, tales como pagarés, pueden ser considerados como una inversión. Baste recordar los laudos sobre jurisdicción de 1997 en el asunto *Fedex c. Venezuela* (CIADI ARB/96/3) y de 2004 en el asunto *CSOB c. Eslovaquia* (CIADI ARB/97/4). Sin embargo, según se desprende de la Sentencia de la AN, en el presente caso el préstamo estaba vinculado a una simple transacción comercial y no a una inversión, por lo que las circunstancias diferían notablemente de las que se daban en los asuntos objeto de los dos laudos mencionados (véase a este respecto, por todos, el laudo de 2004 en el asunto *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egipto*, CIADI/ARB/03/11, esp. párr. 44).

Esta última consideración no puede sin embargo llevarnos a cuestionar la legalidad —ni siquiera la oportunidad— de la resolución del MAEC denegando la protección diplomática a FLM. En primer lugar, a pesar de que el TS haya llegado a calificar (acertadamente) la protección de los nacionales en el extranjero como un «cometido esencial del Estado conforme a la Constitución» (STS, Sala 3.^a, de 29 de diciembre de 1986, Id Cendoj 28079130011986101153, FJ 4.^o), nuestro ordenamiento configura el ejercicio de la protección diplomática como discrecional. En segundo lugar, incluso si se entendiera que el Estado está obligado a la protección diplomática (*quod non*), la apreciación de que concurren las circunstancias para su ejercicio —la existencia de un hecho internacionalmente ilícito imputable a otro Estado del que se derivan daños para un nacional— corresponde al propio Estado, que a este respecto goza de un margen de apreciación difícilmente fiscalizable por la jurisdicción. ¿O acaso son los tribunales españoles competentes para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de otro Estado? En el presente caso, además, la apreciación por parte de la AJI de que Cuba no había cometido un ilícito internacional no parece, ni mucho menos, irrazonable o arbitraria (otra cosa es el juicio que merezcan las resoluciones de los tribunales cubanos —especialmente la relativa al levantamiento de la medida cautelar— desde otras perspectivas). Estas consideraciones no resultan irrelevantes

desde la perspectiva de la posible responsabilidad patrimonial del Estado por falta de ejercicio o ejercicio ineficaz de la protección diplomática, como luego veremos.

En todo caso, la falta de ejercicio de la protección diplomática ante un hecho internacionalmente ilícito del que es víctima un nacional no puede ser reputado como un hecho que por sí mismo engendre la responsabilidad patrimonial del Estado, pues, como ya hemos indicado anteriormente, para que la Administración incurra en responsabilidad patrimonial es necesario que exista nexo de causalidad entre el daño y la acción u omisión de aquélla.

Bien es verdad que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha llegado a afirmar la responsabilidad de la Administración en relación con supuestos en los que la falta de protección diplomática o su ejercicio ineficaz fue considerada como un factor relevante. Tal es el caso de las célebres Sentencias de 16 de noviembre de 1974 (*RAJ*, 1974, núm. 410) y de 29 de diciembre de 1986 (antes cit.). Sin embargo, en la primera sentencia se admitió su responsabilidad no por el hecho de no ejercer la protección diplomática, sino por no haber corregido el perjuicio patrimonial —por vía de protección diplomática o por otro cauce— sufrido por 28 empresas españolas a las que las autoridades de Guinea Ecuatorial impuso sanciones económicas como «represalia» ante la difusión por TVE de un programa que contenía informaciones difamatorias contra el Presidente Macías (véase REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2007, p. 851; cfr. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *ADI*, vol. 3, 1976, pp. 321 y ss., esp. pp. 342 y ss.). Por su parte, la Sentencia de 29 de diciembre de 1986 puede ciertamente ser considerada como exponente de un supuesto de declaración de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia del ejercicio ineficaz de la protección diplomática (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 3.^a ed. rev., Civitas, 2003, p. 400). En este caso, sin embargo, la responsabilidad fue apreciada en relación con el apresamiento de dos buques pesqueros españoles por las autoridades de Mauritania y su ulterior hundimiento en el puerto de Nouakchott, al comprobar el Tribunal —en síntesis— que la Embajada de España en dicho país comunicó a la Asociación Artesanal de Las Palmas que existía inconveniente para faenar en la zona en que se produjeron los apresamientos, hecho al que el Tribunal añade «la destacable inacción de las autoridades españolas, ulterior a los apresamientos, sin gestiones efectivas encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales, cometidos esenciales del Estado conforme a la Constitución» (FJ 4.^o) (véase de nuevo REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *op. cit.*, p. 851). Así pues, en ambos casos el TS apreció la existencia de un nexo de causalidad entre la lesión sufrida por los particulares y la actuación de la Administración.

Debe por lo tanto tomarse con cautela la afirmación *obiter dicta* hecha por el TC en su Sentencia 140/1995, a propósito de la inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos, en el sentido de que «si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente [...], pese a haberla solicitado, éste podrá eventualmente ejercer una petición indemnizatoria [...] por la lesión sufrida en sus bienes y derechos» (FJ 10.^o).

Más allá de la lógica exigencia de un nexo de causalidad, al plantear la posible responsabilidad del Estado por falta de ejercicio de la protección diplomática (o por su ejercicio ineficaz) tampoco debemos olvidar que la configuración de la respon-

sabilidad patrimonial como de carácter objetivo responde más a un mito que a una realidad jurisprudencial. Como ha puesto de relieve G. Doménech, en el caso de daños ocasionados por funcionamiento de los servicios públicos, nuestros tribunales suelen aplicar de facto un régimen de responsabilidad por culpa; y tratándose de actos administrativos ilegales, se va abriendo paso en la jurisprudencia la llamada «doctrina del margen de tolerancia» («Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Rev. Administración Pública*, 2010, núm. 183, pp. 179 y ss., esp. pp. 187 y ss.). La sentencia de la Sala 3.^a del TS de 5 de febrero de 1996 (as. *Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos*; RJ 1996/987) advierte a este último respecto que «en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales» y en los que la Administración está llamada a aplicar normas que integran conceptos indeterminados, «es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración» (FJ 3.^o).

En conclusión, entendemos que aun cuando la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por FLM no hubiese sido extemporánea y no fuera de aplicación al caso el APPRI España-Cuba, ni el MAEC ni la AN podrían haber estimado dicha reclamación.

Javier Díez-Hochleitner
Universidad Autónoma de Madrid

3.4. La actividad deportiva en su dimensión internacional excluida de las «relaciones internacionales» ex art. 149.1.3 CE

COMPETENCIAS SOBRE CULTURA, DEPORTE Y RELACIONES INTERNACIONALES.—Límites a la interpretación conforme.

Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2012 (Pleno), de 19 de abril. Ponente: Eugeni Gay Montalvo.

El recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el presidente del Gobierno, tiene como objeto la impugnación de la primera frase del art. 16.6 de la Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del deporte, según la cual «la federación vasca de cada modalidad deportiva será la única representante del deporte federado vasco en el ámbito estatal e internacional». El recurso se plantea por motivos estrictamente competenciales pues el abogado del Estado considera que este precepto legal autonómico invade las competencias estatales en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) y de cultura (art. 149.2 CE). La Comunidad Autónoma del País Vasco defiende la adecuación del precepto impugnado al orden constitucional y sostiene que el precepto se dicta al amparo de las competencias exclusivas que la Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta sobre cultura (art. 10.17 EAPV) y deporte (art. 10.36 EAPV).

La Sentencia descarta que el precepto se encuadre dentro del título competencial de «relaciones internacionales» (art. 149.1.3.CE) porque *la actividad deportiva en su dimensión internacional no puede calificarse como materia propia de las «relaciones in-*

ternacionales», en el sentido en el que ha sido definido por la doctrina. Tampoco admite que sea un ejercicio competencial en materia de cultura y, sin embargo, afirma que el precepto impugnado ha de situarse en la materia específica de deporte.

Sobre la base del título competencial del deporte, el Tribunal Constitucional (TC) desestima el recurso y somete a interpretación conforme el contenido del precepto impugnado. El razonamiento es muy interesante —por sorprendente—, pues, descartado el juego de la competencia estatal en materia de relaciones internacionales, el TC afirma: «la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre “deporte”, no pueda prever que las federaciones vascas serán las “únicas representantes del deporte federado vasco” con carácter general, pues ello implicaría que el legislador vasco está configurando el régimen o la regulación de determinadas facetas de la materia de deporte que afectan a la imagen exterior del Estado y que inciden en la esfera de intereses del deporte federado español en su conjunto; cuando, en realidad, se trata de decisiones que quedan al margen del poder de actuación de las Comunidades Autónomas y pertenecen forzosamente al del Estado, constituyendo, así, un límite externo al ejercicio de esa competencia exclusiva autonómica. Las cuestiones que se incluyan en esa “representación internacional” del deporte federado español en su conjunto —relativas por ejemplo a la organización de competiciones internacionales oficiales en territorio español; a la decisión de participar en competiciones internacionales en el exterior o a la conformación de las selecciones españolas— no pueden pertenecer al ámbito de decisión de una Comunidad Autónoma pues trascienden de su esfera de intereses propios y tampoco pueden ser configuradas como un pretendido efecto extraterritorial de una competencia propia».

No obstante, tras este razonamiento y para sorpresa de muchos, el TC declara que «las consideraciones precedentes no abocan a la estimación del presente recurso de inconstitucionalidad, puesto que el art. 16.6, primer inciso, admite una lectura conforme a la Constitución que, si es posible, resulta obligada». A partir de aquí, expone una interpretación del precepto que cuesta compartir que sea fácilmente deducible de la disposición impugnada y no implique una reconstrucción de la norma contra su sentido evidente, creando una norma nueva. Porque es entonces cuando el TC afirma que, vinculado a la competencia exclusiva autonómica en materia de deporte, «el primer inciso del art. 16.6 de la Ley del deporte del País Vasco según el cual las federaciones vascas de cada modalidad deportiva serán las únicas representantes del deporte federado vasco en el ámbito internacional es constitucional siempre que se trate de deportes en los que no existan federaciones españolas, y que, en ningún caso, se impidan o perturben las competencias del Estado de coordinación y representación internacional del deporte español».

A los efectos del tratamiento de esta sentencia en esta *Revista*, el interés radica en conocer cómo el TC ha llegado a la conclusión de que la llamada «representación internacional» en el ámbito deportivo tiene difícil encaje en la materia de «relaciones internacionales» prevista en el art. 149.1 3 CE. Para el Tribunal, «ni nos encontramos ante relaciones entre Estados u otro tipo de organismos públicos —ya que las estructuras deportivas internacionales tienen un carácter absolutamente privado— ni la participación en competiciones oficiales supone la asunción de compromisos u obligaciones internacionales de ningún tipo. Así lo hemos mantenido recientemente en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la adecuación a la Constitución de determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que, con ocasión de pronunciarnos sobre la constitucionalidad del apdo. 2.º del art. 134 EAC relativo

a la competencia autonómica sobre «deporte y tiempo libre» —que prevé la participación de la Generalitat «en entidades y organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que tengan por objeto el desarrollo del deporte»— por su posible colisión con las competencias del Estado en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE), dijimos que «la participación de la Generalitat en entidades y organismos europeos o, en general, internacionales “que tengan por objeto el desarrollo del deporte”, no supone [...] el ejercicio de potestades que están reservadas al Estado ex art. 149.1.3 CE, ni puede condicionar el libre y pleno ejercicio estatal de dicha competencia correspondiendo al Estado regular su alcance y modalidades (FJ 80). En idéntico sentido nos pronunciamos respecto de la impugnación de la atribución a la Generalitat de Cataluña de la competencia sobre “la proyección internacional de la cultura catalana” [art. 127.1.d) EAC] que los recurrentes consideraban contraria a la doctrina de la STC 165/1994, de 26 de mayo, reiterando que “frente al reproche formulado al precepto estatutario, la incorporación expresa de cláusulas de salvaguarda de competencias estatales no es exigible en términos constitucionales. Y es que la competencia estatal en el ámbito de las “relaciones internacionales” (art. 149.1.3 CE), que ciertamente incluye, entre otros contenidos, el ejercicio del *ius contrahendi*, no impide que las Comunidades Autónomas realicen actividades en el exterior que sean proyección de sus competencias materiales, siempre que no perturben o condicionen la competencia estatal (STC 165/1994, FFJJ 3.º a 6.º), lo que hemos corroborado precisamente en materia de cultura (STC 17/1991, de 31 de enero, FJ 6.º)” (FJ 73)».

Radicalmente en contra de las afirmaciones que se realizan en esta Sentencia se erige el Magistrado Manuel Aragón, en un voto particular concurrente con Javier Delgado Barrio. El voto atiende a dos cuestiones, lo que para ellos es la innegable incidencia del precepto impugnado sobre la competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.3 y los límites de la interpretación conforme, que entienden traspasados con creces. En relación con la primera cuestión, para estos dos Magistrados el Tribunal ha perdido una ocasión perfecta para aclarar el significado del contenido y alcance del título atributivo de competencia exclusiva al Estado en materia de «relaciones internacionales» (art. 149.1.3 CE).

Afirman que, aunque la doctrina del Tribunal sobre el art. 149.1.3 CE señalaba que las relaciones internacionales hacían referencia a las actuaciones relativas a la celebración de Tratados (*ius contrahendi*), representación exterior del Estado (*ius legationis*), creación de obligaciones internacionales y responsabilidad internacional del Estado (STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 5.º, SSTC 137/1987, 153/1989 y 80/1993), esa enumeración nunca pretendió tener un carácter exhaustivo, como corroboró expresamente en la STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 73 y 125. A su parecer, «el título competencial en materia de “relaciones internacionales” (art. 149.1.3 CE) no queda reducido a las relaciones reguladas por el Derecho internacional, sino que tiene un contenido y alcance más amplio [...] y la representación internacional en el ámbito deportivo incide claramente en la competencia estatal exclusiva del art. 149.1.3 CE, ya que la materia de “relaciones internacionales” no se ciñe exclusivamente a las relaciones regidas por el Derecho internacional». También añaden que, a su juicio, «el hecho de que las federaciones deportivas, estatales o autonómicas, tengan naturaleza jurídica privada en nuestro Derecho positivo, no es razón suficiente para excluir la afectación del título competencial del art. 149.1.3 CE porque las federaciones deportivas, aunque privadas, ejercen funciones públicas por atribución del legislador, cumplen fines de interés público y general, “que son propios del deporte federado español en su conjunto” (STC 1/1986, de 10 de enero, FJ 3.º) y representan la “imagen internacional de

España” cuando intervienen en competiciones deportivas oficiales fuera de España; imagen “que se vería inevitablemente alterada en un foro de tanta y tan eficaz difusión como es el de las competencias deportivas”. De esta forma, rechazan lo que ellos denominan una interpretación reduccionista del título competencial del art. 149.1.3 CE y aclaran que es pacífico en la doctrina académica que el término «relaciones internacionales» es más amplio que el de relaciones «jurídicas» internacionales.

En relación con la interpretación conforme, ambos Magistrados sostienen en su voto que la Sentencia incurre en un exceso de jurisdicción y traspasa los límites de la interpretación conforme a la Constitución: «la Sentencia de la que discrepo salva la constitucionalidad del precepto impugnado haciéndole decir lo que no dice: la federación vasca de cada modalidad deportiva no es la “única” representante del deporte federado vasco en el ámbito internacional; tampoco lo es “de cada modalidad deportiva”, sino sólo de algunas modalidades deportivas; y en fin, no es tampoco la (única) representante del “deporte federado vasco” a nivel internacional, sino sólo de algunos deportes federados vascos. De este modo, según el Tribunal Constitucional, «cada modalidad deportiva» sólo es “algunas modalidades deportivas”; el “deporte federado vasco”, sólo es “algunos deportes federados vascos”; y “única” (término inequívoco por excelencia) no es “única”».

Por su parte, el Magistrado don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel dicta un durísimo voto particular en relación con la supuesta interpretación conforme realizada, llegando a afirmar que el *modus operandi* del Tribunal supone el desconocimiento por su parte de los deberes inherentes a la alta función jurisdiccional (art. 161.1 CE) que tiene encomendada: el desconocimiento del respeto que el Tribunal debe al castellano, como lengua propia y del Estado (art. 3 CE); el desconocimiento del deber de respeto a la autonomía política de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE), pues violenta el precepto legal hasta hacerle decir lo que evidentemente no dice ni fue querido por el legislador del País Vasco y el desconocimiento de la función nomofiláctica o de depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales que es propia del TC.

Cristina IZQUIERDO
Universidad Autónoma de Madrid

3.5. El derecho de asilo por causa de orientación sexual y las Directrices del ACNUR como instrumento interpretativo de la Convención de Ginebra

DERECHO DE ASILO.—Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.—Las Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como instrumento interpretativo de la Convención de Ginebra y de la Ley 12/2009 reguladora del Derecho de asilo.—Protección internacional de personas perteneciente a un determinado grupo social.—Persecución por motivos de género.—*Soft law*.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 8.^a), de 22 de febrero de 2012 (ROJ: SAN 759/2012). Ponente: Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230082012100085.

Esta sentencia tiene su origen en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un argelino que solicitó asilo en España alegando que tuvo que dejar su

país a causa de su orientación sexual. Según relata la sentencia, en su solicitud alegó concretamente que «1) ha tenido que dejar su país a causa de su orientación sexual; 2) debido a su relación con otra persona del mismo sexo su familia comenzó a controlarle; 3) tras exponer a su familia su situación, cansado de ocultarla, sufrió un fuerte rechazo por parte de ésta; 4) padeció insultos e incluso una agresión con arma blanca de un hermano [...]».

En el informe evacuado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con fecha de 11 de junio de 2010, se afirma que existe en el solicitante un temor fundado de persecución por pertenencia a un grupo social determinado, el de los homosexuales en Argelia, y que este país no garantiza protección a dicho grupo. A pesar del informe del ACNUR, el Ministerio del Interior denegó la solicitud el 25 de junio de 2010 por estimar que «a) los hechos alegados no constituyen, bien por su naturaleza, bien por su gravedad y atendiendo a las circunstancias del interesado, una persecución de las contempladas en la Convención de Ginebra; b) alega una persecución frente a la cual, según la información disponible sobre el país de origen, puede encontrar protección eficaz en otro lugar de su propio país; c) no concurren los requisitos previstos en los arts. 2 y 3 de la Ley de asilo y en la Convención de Ginebra, ni en los arts. 4 y 10 de la misma Ley, para la concesión del derecho a la protección subsidiaria».

En el trámite de formalización de la demanda, el solicitante de asilo amplió sus alegaciones, señalando que «1) ha sufrido amenazas y agresiones de su familia a causa de su orientación sexual; 2) por la misma razón ha perdido clientes, al trabajar de forma autónoma, y el rechazo de una sociedad intolerante con la homosexualidad; 3) la persecución familiar y el temor constante por su vida determinaron su salida del país; 4) existen fundados temores a ser perseguido por causa de su orientación sexual; 5) el ACNUR ha informado favorablemente su petición; 6) en Nador sufrió el robo de su documentación; 7) el Código Penal argelino castiga la homosexualidad».

Pues bien, tras recordar que de acuerdo con el art. 2 de la Ley 12/2009 reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria —que señala que «el derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el art. 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967»—, la Audiencia Nacional procede a interpretar la Ley y la Convención de Ginebra a la luz de las Directrices sobre la Protección Internacional en relación con la pertenencia a un determinado grupo social, adoptadas por el ACNUR el 7 de mayo de 2002. Y así, recuerda que dichas Directrices definen «determinado grupo social» como «un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad», añadiendo que «la característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos» y que «se considera que el sexo puede incluirse dentro del ámbito de la categoría de grupo social» (FJ 3.º).

De las citadas Directrices, así como de las Directrices sobre Protección Internacional en relación con la persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A de la Convención de Ginebra de 1951, de 7 de mayo de 2002, la Audiencia extrae las siguientes conclusiones:

- «1. Cuando el riesgo de persecución procede de agentes no estatales, estos casos implican un análisis de la relación causal, de modo que “cuando la población local comete serios

actos de discriminación u otras ofensas, se pueden considerar como actos de persecución si son deliberadamente tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”.

2. La relación causal puede darse: *a)* donde existe un riesgo real de persecución por parte de un agente no estatal por razones relacionadas con uno de los motivos de la Convención, sea que la omisión por parte del Estado de brindar protección al solicitante esté relacionada o no con la Convención; o *b)* cuando el riesgo de persecución por parte de un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuncia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención.

3. Resulta relevante el análisis de las formas de discriminación del Estado cuando éste no cumple con la obligación de brindar protección a personas amenazadas por cierto tipo de perjuicios o daños. Si el Estado, ya sea por política o práctica, no reconoce ciertos derechos ni concede protección contra abusos graves, entonces la discriminación por no brindar protección, sin la cual podrían perpetrarse daños graves con impunidad, puede equivaler a persecución» (FJ 3.º).

Así pues, la Audiencia Nacional admite que la concesión de asilo resulta procedente aun cuando la persecución proceda de actores no estatales, siempre que el Estado en la que se produjo se hubiera abstenido de brindar una protección al solicitante. Pero, a pesar de ello, la Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo por la falta de aportación de pruebas por parte del recurrente. En concreto, según el tribunal, el recurrente no habría aportado pruebas que permitieran determinar que hubiera sufrido acoso, rechazo o persecución, no ya por parte de las autoridades argelinas, sino por el tejido social. Tampoco habría aportado documentación acerca de su identidad y origen, ni sobre las agresiones sufridas (en particular, sobre el tratamiento hospitalario que recibió).

Más allá del interés que presenta la sentencia desde la perspectiva del derecho de asilo, consideramos especialmente destacable el empleo que en ella se hace de instrumentos de *soft law* o «Derecho blando» —instrumentos que a pesar de su carácter normativo, carecen de fuerza vinculante— como elemento interpretativo de la Convención de Ginebra y, en consecuencia, de la Ley 12/2009.

Aunque no menciona explícitamente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, la sentencia pone de relieve que los instrumentos elaborados por expertos internacionales, nombrados por la Comunidad internacional para llevar a cabo tareas acerca de la aplicación de determinados tratados, pueden ser especialmente útiles para aclarar los términos ambiguos u oscuros introducidos en esos tratados. De acuerdo con el art. 8.a) del Estatuto del ACNUR, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 428 (V), de 14 diciembre de 1950, el ACNUR ha de asegurar la protección de los refugiados a quienes se extienda su competencia promoviendo, entre otros medios, la «conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados», así como «vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismos [...]». En este sentido, los Estados miembros de la ONU han otorgado a este Alto organismo un mandato de obrar en el ámbito de la aplicación de los convenios internacionales que pretenden proteger a los refugiados. La Audiencia Nacional no aclara, sin embargo, a qué título invoca las Directrices de ACNUR: si en el marco de la regla general de interpretación de los tratados contenida en el art. 31 de la Convención de Viena, o como medio complementario de interpretación, en el sentido del art. 32 de la Convención.

Jessica ALMOVIST
Universidad Autónoma de Madrid

3.6. Reconocimiento del derecho a la permanencia en España por razones humanitarias por circunstancias sobrevenidas

DERECHO DE ASILO.—Valor de los informes del ACNUR.—Permanencia por razones humanitarias.

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3.^a), de 21 y 23 de mayo de 2012 (ROJ: STS 3826/2012 y STS 3847/2012). Ponente: María Isabel Perelló Domenech.

Referencias Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032012100285 y 28079130032012100287.

El Tribunal Supremo, en dos sentencias en las que rechaza el derecho a la obtención del asilo a dos solicitantes provenientes de Costa de Marfil, confirma no obstante su derecho a la permanencia en España por razones humanitarias al amparo del art. 17.2 de la Ley 5/1984, tomando para ello en consideración un informe del ACNUR. En dicho informe, de 10 de febrero de 2011, se revisa el criterio expresado en precedentes informes, señalando que la situación sociopolítica general de Costa de Marfil ha evolucionado en sentido negativo a lo largo de los últimos años, y se pide que se dejen sin efecto las devoluciones al país de origen de los solicitantes de asilo procedentes de dicho país.

Esta sentencia es destacable, en primer lugar, por el valor que otorga a dicho informe de 2011 «emitido, no se olvide, por un organismo como el ACNUR, cuya objetividad, rigor y, en definitiva, *auctoritas* ha sido resaltada por la jurisprudencia consolidada» (STS de 21 de mayo, ROJ: STS 3826/2012, FJ 11.º). El Tribunal Supremo lo antepone y opone a la argumentación de la Abogacía del Estado que residía por su parte en la no acreditación de la situación de riesgo en el país de origen por parte de los solicitantes de asilo.

En segundo lugar, también cabe resaltar la interpretación que realiza el Tribunal Supremo del art. 17.2 de la Ley de Asilo a la luz de la situación existente en el país de origen en el momento de dictarse la resolución judicial recurrida en casación (2011) y no en el momento en el que se realizó la solicitud de asilo, tal y como defendía la Abogacía del Estado. Para ello, el Tribunal Supremo interpreta dicha disposición de la Ley de Asilo a la luz de su espíritu y finalidad y desde una perspectiva protectora de los derechos humanos. De no ser así, precisa el Tribunal, «el sistema de la normativa de protección internacional se vería reducido a una entelequia que salvaría las apariencias formales del sistema al precio de hacer la respuesta jurisdiccional incompatible con la realidad» (STS de 21 de mayo de 2012, ROJ: STS 3826/2012, FJ 12.º). En apoyo a la necesidad de contar con información actualizada del país de origen, el Tribunal Supremo se refiere por último, tanto a la Directiva 2005/85/CE, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, que establece en su art. 8 que los Estados de la Unión Europea deberán garantizar «que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes» (STS de 21 de mayo de 2012, ROJ: STS 3826/2012, FJ 12.º), como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 2 de marzo de 2010) que admite la toma en consideración

de «circunstancias sobrevenidas para mantener la protección internacional concedida, aun cuando hayan cesado las que inicialmente determinaron la concesión de esa protección» (STS de 21 de mayo de 2012, ROJ: STS 3826/2012, FJ 12.º).

Ana PEYRÓ LLOPIS

Universidades de Cergy-Pontoise y Jaume I

3.7. Diálogo del Tribunal Constitucional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la contaminación acústica como parte del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio

DERECHOS HUMANOS.—Supuesta vulneración de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.—Contaminación acústica.—Interpretación conforme.—TEDH.

Preceptos aplicados: art. 10.2 CE.

Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2011 (Pleno), de 29 de septiembre.
Ponente: Ramón Rodríguez Arribas.

La STC 150/2011 resuelve un recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó demanda de indemnización contra el Ayuntamiento de Valencia por contaminación acústica de una vivienda en el barrio de San José, declarado acústicamente contaminado. El recurrente se queja en amparo de una supuesta vulneración de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Como por todos es sabido, la contaminación acústica como contenido del art. 18.1 y 2 CE forma parte de la doctrina del TC al asumir e integrar éste la jurisprudencia del TEDH, tras nuestra primera condena en el conocido asunto *López Ostra* (STEDH, de 9 de diciembre de 1994). Sin embargo, el TC español insiste en aplicar la doctrina del TEDH de forma matizada, lo que ya nos ha supuesto una segunda condena en el asunto *Moreno Gómez* (STEDH, 16 de noviembre de 2004), pues mientras Estrasburgo sólo requiere probar la existencia de la contaminación acústica —existencia de un nivel de ruidos objetivamente evitables e insoportables que pongan en peligro grave e inmediato la salud y que sean imputables a la acción u omisión del poder público—, nosotros hemos añadido la necesidad de aportar prueba individualizada que acredite las circunstancias concretas de su vivienda y de su estado de salud para entender el derecho del art. 18.2 vulnerado (STC 119/2001, de 23 de febrero). En el presente caso —STC 150/2011, de 29 de septiembre— el TC vuelve a desestimar el amparo por falta de prueba individualizada de los ruidos sufridos en la propia vivienda. Es un sí es, pero no es. La aplicación de la jurisprudencia de Estrasburgo en estos términos ha desatado interesantes votos particulares en relación con lo que debe entenderse por interpretación conforme en materia de derechos fundamentales (ex art. 10.2 CE).

Así, para el Magistrado Luis Ortega, a cuyo voto particular se adhieren Elisa Pérez Vera y Eugeni Gay, «estamos ante lo que el Tribunal de Estrasburgo denominó una prueba demasiado formalista en el caso *Moreno Gómez* o una carga desproporcionada en el citado caso *Dees c. Hungría* que, además, vulnera el art. 10.2 CE, que impone la interpretación conforme de los derechos constitucionales con los reconocidos en los Tratados internacionales suscritos por España». Entienden ellos que la interpretación internacionalmente adecuada de los derechos fundamentales del Título I CE puede

suponer la incorporación a los mismos de aspectos no explicitados en la Constitución y ello no significa crear *ex novo* derechos fundamentales. Sobre estas bases declaran que la sentencia de la que discrepan «vulnera el art. 18.1 y 2 y el art. 10.2, ambos de la Constitución porque no recoge el contenido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o en otros términos, porque no realiza una interpretación compatible del art. 18.1 y 2 CE con el art. 8 del Convenio, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Radicalmente contraria es la posición del Magistrado Manuel Aragón, para el que «el “derecho frente al ruido” ex art. 8.1 CEDH, definido por la dimensión positiva de la vida privada, sea un derecho subjetivo aplicable por los jueces y Tribunales de Justicia españoles de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 CE no significa en modo alguno que, además, sea en España un derecho fundamental, en el sentido constitucional del término, tutelable en amparo por el Tribunal Constitucional [...] es una interpretación insostenible, a mi juicio, de la previsión contenida en el art. 10.2 CE». Aragón Reyes señala que el art. 10.2 CE no es una cláusula aditiva que permita, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal 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, se interpreten de conformidad con lo establecido en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España. A su parecer, lo contrario «implica una incorporación encubierta de nuevos derechos fundamentales a nuestro sistema constitucional (el “derecho frente al ruido” o “derecho al silencio”) o, cuando menos, una radical alteración del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por los arts. 18.1 y 2 CE».

No parece, pues, muy pacífica la comprensión de lo que supone la interpretación conforme derivada del art. 10.2 CE en el seno del TC. Tampoco el alcance de la recepción de la doctrina del TEDH. En definitiva, el TC está cuestionando el seguimiento de la doctrina del TEDH y parece que Estrasburgo ya no es «el modelo».

Cristina IZQUIERDO
Universidad Autónoma de Madrid

3.8. La protección de testigos en causas criminales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

DERECHOS HUMANOS.—Derecho a la tutela judicial efectiva.—Protección de testigos y derecho de defensa contradictoria.—Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 23 de febrero de 2012 (ROJ: STS 1113/2012). Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012012100086.

Esta sentencia profundiza en las implicaciones de la protección de testigos para el derecho de defensa. El asunto llega al Tribunal Supremo como resultado de un recurso de casación por quebramiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación de tres personas condenadas por la Audiencia Provincial de Murcia, el 9 de noviembre de 2010, por el delito contra la sa-

lud pública del art. 368.1 del Código Penal, referido al de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud pública. El Tribunal Supremo estima el recurso al constatar que la Audiencia Provincial de Murcia había sustentado su fallo en el testimonio de un testigo anónimo y sin atender a la petición formulada por los acusados de que se le identificara «por ser esencial al ejercicio del derecho de defensa».

Al abordar la cuestión de fondo, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) comporta el respeto del derecho a la defensa contradictoria en todos los procesos. En el mismo sentido recuerda que, con arreglo al art. 6.3.d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y al art. 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el derecho del acusado en una causa penal a defenderse comporta la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. Además, el Alto Tribunal apunta que esta regla ya venía reconocida en el art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que se encuentra implícita en su art. 705 cuando dispone, refiriéndose a los testigos, que el presidente mandará que «entren a declarar», lo que supone su presencia física en la sala en la que se celebra el juicio «y, por tanto, que el acusado y su defensa tienen la posibilidad de conocer o comprobar su identidad, lo que les permite no solo orientar el interrogatorio, sino también aportar los datos o razones de que puedan disponer para debilitar la credibilidad del testigo» (FJ 3.º).

Dicho esto, como bien señala el Tribunal, el legislador español ha admitido la necesidad de proteger a los testigos que se encuentran en especiales circunstancias de riesgo, estableciendo mecanismos de supresión de su identificación, presencia física y confrontación con el acusado. De este modo, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales confiere al Juez o Tribunal «la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes constitucionalmente protegidos» (FJ 3.º).

Pero, ¿cómo deben ponderarse los intereses de los testigos y los de la defensa en cada caso concreto? Sobre este punto, el Tribunal Supremo alude a la doctrina desarrollada y consolidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), citando varias sentencias, de las que destacaremos tres. La primera es la Sentencia de 20 de noviembre de 1989 en el asunto *Kostovsky c. Países Bajos*, en la que el TEDH declaró la primacía del derecho a un juicio equitativo garantizado en el art. 6 del Convenio Europeo sobre el interés de los testigos a ser protegidos, señalando que «si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga (hostil) o indigna de crédito». La segunda sentencia es la dictada por el TEDH el 23 de abril de 1997 en el caso *Van Mechelen y otros c. Países Bajos*, en la que declaró que los Países Bajos habían vulnerado el derecho a un juicio equitativo por no desvelar la identidad de los testigos, que eran agentes de policía. El hecho de que las declaraciones de estos testigos en la fase previa fueran anónimas y que durante el interrogatorio los testigos y las partes estuvieran en diferentes salas comportó la imposibilidad de observar las reacciones de los testigos a preguntas específicas y, por lo tanto, de valorar su fiabilidad. La tercera sentencia a la que se refiere el Tribunal Supremo y que queremos destacar es la correspondiente al asunto *Birutis y otros c. Lituania* (de 28 de marzo de 2008), en la que se afirma que el uso de declaraciones hechas por testigos anónimos para fundamentar una condena no es siempre incompatible con el Convenio Europeo. Sin embargo, el TEDH advierte en ella que si se mantiene el anonimato de los testigos de la acusación, la defensa se verá enfrentada a dificultades que el procedimiento pe-

nal no debería normalmente incluir y que lo importante es que tales dificultades sean equilibradas de manera suficiente por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales. En particular, señala que no se debe prohibir a un demandante que examine la fiabilidad de testigos anónimos. Además, afirma que ninguna condena debe estar basada únicamente o de manera decisiva en declaraciones anónimas (párr. 29).

Apoyándose en la doctrina del TEDH, el Alto Tribunal identifica dos condiciones que han de reunirse para que pueda limitarse en un caso concreto el derecho de defensa en favor de la protección de los testigos (FJ 3.º):

1. Que sea posible examinar la fiabilidad del testigo cuyo nombre se oculta; y
2. Que esa declaración del testigo anónimo no sea decisiva.

Aplicando la doctrina del Tribunal de Estrasburgo al presente supuesto, el Tribunal Supremo concluye que la protección de los testigos imposibilitó o, al menos, dificultó gravemente el ejercicio del derecho de defensa, señalando además que «al estar en juego unos valores tan relevantes como contrapuestos —la integridad física del testigo protegido y el derecho a la defensa del acusado— la resolución judicial que sacrificaba este último, debería haber estado especialmente motivada y fundamentada en buenas razones objetivas que revelaran un riesgo cierto y real para el testigo proveniente de los acusados en caso de ser conocido por éstos». Sin embargo, a juicio del TS, la motivación ofrecida por la Audiencia Provincial fue demasiado vaga e indefinida ya que la única razón ofrecida para no desvelar la identidad del testigo fue que su identificación podía «generarle un peligro para su integridad derivado de su testimonio incriminatorio, en un mundo tan peligroso como el del tráfico de drogas». Ahora bien, como advierte el TS, en este caso «no estamos ante una poderosa organización de narcotraficantes de tipo mafioso donde impera el principio de la “omertá”, sino [...] de tres personas sin antecedentes penales, pequeños delincuentes vendedores de sustancias prohibidas al menudeo, de quienes nada se menciona respecto a su hipotética peligrosidad ni se ofrece dato o indicio alguno que pudiera avalar graves acciones de represalia contra el testigo de cargo». En este punto el Alto Tribunal se refiere al criterio introducido por su Sentencia de 19 de diciembre de 2007, cuando señala que la protección de testigos y peritos es un instrumento de investigación que está reservado para los casos de delincuencia grave y sobre todo para hacer frente al crimen organizado, de manera que «no se puede justificar su utilización en casos banales como el presente sin desbordar el principio de proporcionalidad y desvirtuar la excepcionalidad de la norma vulgarizándola y convirtiéndola en un instrumento generalizable y extensible a supuestos para los que no la contempló el legislador» (FJ 4.º).

Desde el punto de vista del Derecho internacional de los derechos humanos, resulta especialmente llamativo el diálogo judicial que entabla el Tribunal Supremo con el Tribunal de Estrasburgo acerca de los intereses en juego en un asunto como el presente. Reflexionando sobre una sentencia previa de la propia Sala, en la que se resuelve la cuestión como si se tratase de un conflicto entre dos derechos fundamentales —el del testigo a su vida e integridad y el de los acusados a su defensa—, y tras advertir que este planteamiento no es ajeno a la doctrina del TEDH, la Sala de lo Penal del TS señala que:

«ese planteamiento puede ser matizado. Los derechos en conflicto estructural en el proceso son, por un lado, el de defensa, en efecto, pero, por el otro, lo es el *ius puniendi*, que es un derecho del Estado. Este puede verse cercenado si necesita prescindir de fuentes de prueba. Y esa necesidad puede devenir de la protección de aquellos derechos del testigo. Si la acusación es la compelida a aportar el medio de prueba, las exigencias de ésta solamente pueden tener por interlocutor a quien la propone.

En definitiva las consecuencias de las limitaciones en la disponibilidad del medio de prueba solamente pueden perjudicar al que ha de proponerlo y no al derecho de defensa de aquél contra el que se propone dicho medio» (FJ 3.º).

No obstante, pese a que se trata de un razonamiento perfectamente lógico, que apela incluso a la necesidad de «no retrotraernos a tenebrosos tiempos inquisitoriales de todos conocidos y a más modernas situaciones de regímenes totalitarios en los que al amparo de una denuncia o imputación anónima se conseguían intereses y beneficios bastardos por el desconocido denunciante, sin posibilidad para el acusado de desacreditar a aquél poniendo de manifiesto los motivos espurios que hubieran podido impulsar al denunciante o acusador» (FJ 4.º), es difícil sostenerlo en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, dada la primacía que reconoce a los intereses fundamentales de los individuos.

Jessica ALMQVIST
Universidad Autónoma de Madrid

3.9. Presunción de inocencia y manipulación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte del Tribunal Supremo

DERECHOS HUMANOS.—Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—Presunción de inocencia.—Privación de libertad.

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 3 de enero de 2012 (ROJ: STS 5/2012 y 6/2012). Ponente: Segundo Menéndez Pérez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130042012100005.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está en el centro de la argumentación jurídica del Tribunal Supremo en estas dos Sentencias de la Sala de lo Contencioso, de 3 de enero de 2012, relativas al derecho a una indemnización por prisión preventiva con posterior sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre. Dichas sentencias no hacen más que aplicar el cambio jurisprudencial que el Tribunal Supremo efectuó el 23 de noviembre de 2010, cuando decidió interpretar de manera restrictiva el art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), relativo a este tipo de indemnizaciones. Lo curioso de esta nueva jurisprudencia, ahora ya consolidada, es que *utiliza* la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a modo de justificación de una restricción indemnizatoria.

El TEDH consideró en su día, respecto de los criterios empleados por nuestro Tribunal Supremo para la indemnización de quienes habían estado en prisión provisional y después habían sido absueltos (STEDH, de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, núm. 1483/02 y STEDH de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, núm. 25720/05), que conllevaban el quebrantamiento del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al derecho de toda persona a la presunción de inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada. En efecto, tal y como recuerda el Tribunal Supremo, el TEDH le reprochaba que «sólo reconocía derecho a indemnización si la absolución o sobreseimiento era debida a la inexistencia del hecho imputado, bien en sentido objetivo, es decir, porque el “hecho” no hubiera acontecido o no fuera constitutivo de delito, bien en sentido subjetivo, esto es, por la probada falta de participación en él de quien sufrió la prisión preventiva. Sólo si se daba alguna de esas formas de inexistencia del hecho, era aplicable el citado art. 294.1

LOPJ» (STS de 3 de enero, ROJ: STS 5/2012, FJ 1.º). En efecto, según la interpretación anterior del Tribunal Supremo, en sentido subjetivo, sólo se indemnizaba cuando hubiera quedado probada la falta de participación en el hecho delictivo de quien había sufrido prisión preventiva, por lo que el TEDH consideró que se estaba negando la indemnización a quien hubiera sido absuelto en aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia o de la regla procesal *in dubio pro reo*, esto es, cuando no hubiera habido en el proceso penal pruebas suficientes para condenar a aquel que se encontraba en prisión preventiva.

Pues bien, tras ese posicionamiento del TEDH, contrario a la interpretación que el Tribunal Supremo venía haciendo de la indemnización por prisión preventiva con posterior sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, el Tribunal Supremo decidió limitar la aplicación del precepto de la LOPJ a una motivación objetiva, es decir cuando *el hecho* no hubiera acontecido o no fuera constitutivo de delito. Tal y como dijo el Tribunal Supremo en las mencionadas Sentencias de 23 de noviembre de 2010 «[n]o ha de perderse de vista que el art. 294.1 de la LOPJ contempla un supuesto específico de error judicial, que no está sujeto a la previa declaración judicial del mismo exigida con carácter general en el art. 293 de la LOPJ, configurando un título de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia, consistente en la apreciación de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, que el legislador entiende que se revela cuando la resolución penal de absolución o sobreseimiento libre se produce “por inexistencia del hecho imputado” y no de manera genérica o en todo caso de absolución o sobreseimiento libre» (STS de 3 de enero de 2012, FJ 2.º). Tras haber interpretado la norma, y tomando en consideración la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal Supremo consideró que quedaba «descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, sean cuales sean los motivos referidos por el juez penal» (STS de 3 de enero, ROJ: STS 5/2012, FJ 2.º).

Paradojas de la jurisdicción, o mejor dicho de la interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales, las sentencias del TEDH que han condenado a España dan ahora lugar a una restricción en la interpretación de la legislación relativa a las indemnizaciones por prisión provisional con posterior absolución o sobreseimiento libre. En efecto, el Tribunal Supremo ya consideró en sus Sentencias de 23 de noviembre de 2010 que «no se ofrece a la Sala otra solución que la de abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294.1 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre “por inexistencia del hecho imputado”», es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente» (STS de 3 de enero de 2012, FJ 2.º). Ciertamente es que el texto del art. 294.1 LOPJ permite reducir el ámbito de aplicación de la indemnización y que quienes vean insuficientemente probada su participación en el hecho delictivo siempre podrán tratar de ser indemnizados por la vía general del art. 293 LOPJ.

Si bien todo esto viene siendo ya una jurisprudencia constante y consolidada desde el giro jurisprudencial de noviembre de 2010, cabe destacar que las sentencias de 3 de enero de 2012, además de desestimar una pretensión indemnizatoria ejercitada al

amparo del art. 294.1 de la LOPJ en aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial, precisan no obstante que dicho cambio de criterio jurisprudencial «viene impuesto por el respeto al derecho reconocido por el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en los términos que resultan de las indicadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encargado de su tutela (arts. 19 y 46 del Convenio), que no pueden ser desconocidas por este órgano jurisdiccional en la aplicación e interpretación de la norma que invoca la parte como fundamento de sus pretensiones». Nueva ironía del destino: quien acudió al TEDH en busca de reconocimiento de pretensión indemnizatoria, argumentando vulneración de la presunción de inocencia, y vio reconocido su derecho por dicho tribunal, tiene que constatar cómo el Tribunal Supremo utiliza ahora la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para restringir los casos de indemnización por prisión provisional con posterior absolución o sobreseimiento libre.

Ana PEYRÓ LLOPIS
Universidades de Cergy-Pontoise y Jaume I

3.10. El derecho a un recurso efectivo y el valor de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos

DERECHOS HUMANOS.—Doble instancia penal.—Derecho a un recurso efectivo.—Carácter no vinculante de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos.—Responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia y Dictámenes del Comité.

Preceptos aplicados: arts. 2 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3.^a), de 16 de febrero de 2012 (ROJ: SAN 545/2012). Ponente: Isabel García García-Blanco.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230032012100079.

En esta sentencia se plantea, una vez más, el valor que debe reconocerse en el orden interno a los dictámenes (también denominados «observaciones») adoptados por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH) con fundamento en el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 16 de diciembre de 1966, a raíz de comunicaciones de individuos que alegan ser víctimas de una violación de uno de los derechos enunciados en el Pacto. Si bien es cierto que no se trata de un tema novedoso, su interés resulta indiscutible dado el creciente número de dictámenes condenatorios que han sido emitidos por el Comité contra España (13, según el resumen estadístico de las quejas individuales consideradas por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al Protocolo Facultativo del PIDCP, publicado el 23 de abril de 2012). Muchos de ellos se deben a que el legislador español no ha tomado «las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias» para hacer efectivo el derecho a una doble instancia penal, contraviniendo así lo establecido en los arts. 2.2 y 14.5 del PIDCP. El presente comentario se centra precisamente en este tema, poniendo de manifiesto que los tribunales españoles carecen de instrumentos para remediar los eventuales daños causados a las personas que aleguen haber sido víctimas de una vulneración de su derecho a una doble instancia en el ámbito penal, aun cuando el reclamante pueden fundamentar su recurso en un dictamen condenatorio emitido por el CDH.

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Nacional se enfrenta a recurso contencioso-administrativo contra una resolución desestimatoria de una reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia. La reclamación se basaba en la calificación de ilegítima de una sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 29 de julio de 1998 en instancia única —al estar acusadas personas aforadas—, en la que se condenaba al reclamante como autor de un delito de detención ilegal a una pena de cinco años de prisión menor e inhabilitación absoluta durante ocho años (caso *Segundo Marey Samper*).

Ante la imposibilidad de recurrir ante una instancia judicial superior, el recurrente acudió, junto con otro imputado por el mismo delito, al CDH el 24 de mayo de 2004 (comunicaciones núm. 1351/2005 y núm. 1352/2005). El Comité admitió las dos comunicaciones el 8 de marzo de 2006 y, finalmente, emitió su Dictamen el 25 marzo de 2008 (CCPR/C/92/D/1351-1352/2005) en el que afirma que, al denegarles la posibilidad de someter los fallos condenatorios y las penas impuestas a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley, España había vulnerado el art. 14.5 PIDCP.

Resulta especialmente llamativo que, en su Dictamen, el Comité rechaza el argumento presentado por España en el sentido de que «los autores pudieron solicitar y obtuvieron la revisión de su condena por el hecho de que su caso fue examinado por el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo» (STC 64/2001, de 17 de marzo), estimando que «el recurso de amparo no puede considerarse un recurso apropiado en el sentido del art. 14, párr. 5 del Pacto» (párrs. 4.2 y 9.3 del Dictamen). En relación con este punto, merece destacarse que el Comité no se pronuncia sobre la alegación hecha por España en el sentido de que varias de las personas que resultaron condenadas en el proceso seguido ante el TS plantearon demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando, entre otros motivos, la vulneración del derecho a la doble instancia penal y que el TEDH declaró inadmisibles dichas alegaciones por ser manifiestamente mal fundada al haberse beneficiado del recurso al amparo (Dictamen del CDH, párr. 7.2; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 30 de noviembre de 2004, demandas núm. 74182/01 *Francisco Saiz Oceja c. España*, núm. 74186/01 *Julio Hierro Moset c. España* y núm. 74191/01 *Miguel Planchuela Herrera Sánchez c. España*; véase además la decisión del TEDH en el caso *Piñeiro Nogueira c. España*, de 22 de mayo de 2006).

Por lo demás, tras recordar que el juzgamiento de los autores por el Tribunal Supremo en única instancia se produjo, de conformidad con la legislación procesal penal española, como consecuencia de que uno de los coacusados del secuestro de Marey Samper era Ministro del Interior, el CDH concluye que:

«[...] la expresión “conforme a lo prescrito por la ley” no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados partes. Si bien la legislación del Estado parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgado por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior» (párr. 9.3 del Dictamen).

Por estas razones, el Comité concluye que España ha vulnerado el art. 14.5 del Pacto y que, por consiguiente, «debe proporcionar a los autores una reparación adecuada que incluya una indemnización y tomar las medidas necesarias para asegurar que este tipo de violaciones no se repitan» (párr. 11 del Dictamen).

Pues bien, tras repasar las conclusiones del Dictamen del CEDH, la Audiencia Nacional advierte que ya ha tenido ocasión de pronunciarse (en sentido negativo) acerca de pretensiones indemnizatorias basadas en Dictámenes del CDH referentes a la ne-

cesidad de una doble instancia penal (SSAN de 30 de marzo de 2005, Rec. 214/2003; de 8 de junio de 2006, Rec. 231/2004; y de 8 de julio de 2008, Rec. 593/2006), recalando, además, que el Tribunal Supremo ha cuestionado que tales Dictámenes tengan carácter vinculante (STS, Sala 2.^a, de 25 de julio) y que el Tribunal Constitucional les ha negado el valor de resoluciones judiciales, al carecer el Comité de facultades jurisdiccionales, y que constituyan interpretación auténtica del Pacto (STC 70/2002, de 3 de abril). En relación, en concreto, con la alegación de un Dictamen del Comité como base para una reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia, la AN señala lo siguiente:

«[...] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no impone a los Estados parte el deber de indemnizar de manera inmediata y directa a los perjudicados, cuando el Comité de Derechos Humanos concluya que un Estado parte ha violado los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, sino la obligación de articular un procedimiento que haga posible reclamar la indemnización que proceda. Por esta razón, el Dictamen del Comité que sirve de fundamento a la pretensión del recurrente, advierte que el Estado Español ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha violado el Pacto, y debe “proporcionar un recurso efectivo y aplicable en el caso de que se haya comprobado una violación” (apdo. 10 del examen de la cuestión de fondo del Dictamen).

De lo anterior resulta, a su vez, que debemos enjuiciar el presente recurso como un supuesto más de desestimación de una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, sobre la base de un funcionamiento anormal que se centra argumentalmente en la inexistencia de una efectiva doble instancia penal.

Por otro lado, no corresponde a este Tribunal valorar el cumplimiento por parte del Estado Español del Dictamen del Comité, ni exigir a la Administración española el indicado cumplimiento, que deberá hacerse valer ante las instancias internacionales competentes» (FJ 3.^o).

Partiendo de las consideraciones anteriores, la Audiencia Nacional analiza si la reclamación de responsabilidad se formuló dentro del plazo de prescripción de un año establecido en el art. 293.2 de la LOPJ. Pues bien, tras concluir que el daño y su presunta ilegitimidad estaban presentes desde la notificación al reclamante de la sentencia condenatoria del TS (en 1998), la AN se plantea la posibilidad de que la denuncia ante el CDH (en 2004) pudiera tener un efecto interruptivo del plazo de prescripción. Sin embargo, tras constatar que el plazo de un año había transcurrido sobradamente en el momento de acudir al CDH, concluye que la reclamación de responsabilidad patrimonial fue extemporánea, dejando sin resolver la duda planteada (FJ 4.^o).

Antes de terminar este comentario, no podemos dejar de señalar que España no es el único país que carece de un mecanismo que asegure el cumplimiento en el orden interno de los Dictámenes del CDH. Como ha observado, por ejemplo, Olivier de Schutter, los Dictámenes son frecuentemente ignorados, incluso por los Estados partes cuyas autoridades públicas gozan de buenos conocimientos de los estándares establecidos en el PIDCP y de la labor del CDH. De hecho, la preocupación expresada por el Comité sobre la falta de información acerca de las medidas adoptadas con la finalidad de garantizar los derechos reconocidos en los arts. 2 y 14 del PIDCP se reitera constantemente en los diálogos desarrollados entre el Comité y diferentes países, como Australia, Canadá, Finlandia y Suecia (DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 831-832).

En todo caso, no podemos ignorar el hecho de que existe un profundo desacuerdo entre el Comité y los tribunales españoles sobre el alcance del derecho reconocido en el art. 14.5 PIDCP, lo que explica la referencia por la AN a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional negando valor de interpretación auténtica a los Dictámenes del Comité. Se trata además de un desacuerdo difícil de resolver, sobre todo en vista de que el art. 2.2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de 1950, ratificado por Espa-

ña el 16 de septiembre de 2009, admite excepciones a lo que se ha denominado en el marco de Estrasburgo como el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, excepciones entre las que se encuentran «los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior». Es posible que la existencia de esta discrepancia con el Comité sea uno de los factores que desmotiva al legislador español a adoptar las medidas oportunas para adecuar la normativa interna a los Dictámenes del CDH.

De hecho, aunque el «legislador español se ha esforzado en recoger, en las diversas reformas legislativas, los pronunciamientos del Comité relativo a la interpretación del precepto [art. 14.5] [...] no consigue adecuar la norma interna a las resoluciones del órgano internacional» [RODRÍGUEZ RUBIO, C., «La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas», en CUERDA RIEZU, A. (ed.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de derecho en un mundo globalizado*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 147-173]. Efectivamente, en octubre de 2008, al presentar sus observaciones finales al quinto informe periódico de España, con arreglo al art. 40 del Pacto, el CDH manifestó su profunda preocupación por «la falta de información sobre las medidas concretas adoptadas por el Estado parte para dar seguimiento a las observaciones del Comité en relación con el Protocolo Facultativo del Pacto (arts. 2 y 14)» (CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párr. 8). Hasta hoy no se ha publicado una respuesta a la observación del Comité.

Jessica ALMQVIST
Universidad Autónoma de Madrid

3.11. Transposición de Directivas comunitarias a través de Decreto-ley

TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS.—Límites a los Decretos-leyes.—Distribución de competencias en materia de medio ambiente.—Principio de cooperación leal.

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2012 (Pleno), de 13 de enero. Ponente: Adela Asúa.

Este recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, plantea, entre otras cosas, desde un plano formal, haber incurrido en un exceso en la aplicación del presupuesto exigido en el art. 86.1 CE para la aprobación de un Decreto-ley y abre el debate sobre la adecuación constitucional del Decreto-ley como cauce para la incorporación al ordenamiento interno de las Directivas de la Unión Europea. El Gobierno recurrente entiende incumplido el presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad justificativa de la aprobación de un Decreto-ley, dado que no se justifica por la adecuación de la legislación española a unas concretas Directivas comunitarias (Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE) cuyo plazo de transposición se había agotado holgadamente. Se estima parcialmente el recurso. El Tribunal considera que «las exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales. Pero la invocación de los condicionantes establecidos

en los Tratados de la Unión Europea o la existencia de una obligación más o menos apremiante derivada del Derecho de la Unión tampoco pueden conducir a ignorar o minusvalorar los principios y requisitos que la Constitución impone a los poderes públicos nacionales». Tomando como referencia la doctrina sentada en la STC 329/2005, de 15 de diciembre, el TC recuerda que el éxito que obtuvo la acción gubernamental de transposición tardía de las mencionadas Directivas mediante el controvertido Decreto-ley pone de manifiesto que la finalidad pretendida sí era razonable y que la utilización del Decreto-ley sí puede contribuir a que la Comisión tome, cuanto antes, la decisión de archivar un procedimiento ya abierto y, en consecuencia, contribuir a evitar que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que declare un incumplimiento por parte del Reino de España.

Coherentemente con ese razonamiento el TC concluye que «debemos considerar como factores relevantes para nuestro examen no sólo el elemento temporal (el patente retraso en la transposición de las Directivas correspondientes) sino muy especialmente el elemento causal (la existencia de dos procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España, cuya terminación mediante sendas sentencias que constataran el correspondiente incumplimiento se quería evitar a todo trance) [...] por lo que, a la vista de la incidencia conjunta de estos tres factores en el presente caso, es preciso concluir que concurre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerido por el art. 86.1 CE». El TC es cauto en la aceptación de esta vía procedimental para la transposición de Directivas comunitarias y deja claro que sólo la inminente efectividad de evitar la condena a España por incumplimiento del Derecho comunitario justificará el recurso al Decreto-ley.

En el recurso también se aducía que la utilización del Decreto-ley no podía justificarse sólo por el intento de evitar la condena de España en la UE, pues «los preceptos recurridos tratan de “aspectos ajenos a la adecuación a la normativa comunitaria” de referencia». Como respuesta a ese argumento el TC hace un muy interesante y apropiado uso del principio de cooperación leal en estos términos: «es preciso destacar que el principio de cooperación leal entre la Unión Europea y los Estados miembros, que viene consagrado desde hace décadas por el Derecho comunitario europeo y se recoge actualmente en el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea, prescribe con carácter general que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”. Por tanto, cuando las autoridades de un Estado miembro se proponen incorporar al Derecho interno el contenido de una directiva, no tienen por qué limitarse a incorporar únicamente las medidas requeridas explícitamente por dicha norma europea, sino que, conforme al Derecho de la propia Unión, deben también adoptar “todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones” resultantes del acto de la Unión que se pretende incorporar al Derecho interno. En suma, no puede considerarse que la inclusión de una referencia normativa al marco básico de atribuciones y potestades aplicable al objeto de regulación que se pretende introducir o modificar carezca de la necesaria conexión de sentido con la finalidad a la que responde la normativa contenida en el real Decreto-ley».

Cristina IZQUIERDO
Universidad Autónoma de Madrid