

# CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA (ENERO-JUNIO 2014)

Asier Garrido Muñoz (Coordinador)  
Juan Santos Vara \*

*Sumario:* I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO DEL MAR. III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ. IV. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2 CE. V. RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES

## I. INTRODUCCIÓN

La crónica correspondiente al presente número de la *REEI* destaca por recoger dos desarrollos de gran importancia para la aplicación del Derecho internacional público (y de la Unión Europea) en España. En primer lugar, se comentan por primera vez dos decisiones de la Audiencia Nacional adoptadas después de la –a juicio del coordinador– lamentable Ley (exprés) 1/2014, de reforma de la LOPJ, que ha cercenado aún más el ejercicio de la jurisdicción universal en nuestro país, bajo el pretexto de desnaturalizarla. Como podremos observar, los comentarios de Juan Santos Vara se centran, por un lado, a un Auto de 17 de marzo en el que el Juez Pedraz propone una solución controvertida en el asunto relativo a la muerte del periodista español José Couso en Irak; y por otro, en el Auto de 6 mayo relativo a la persecución de crímenes cometidos en aguas internacionales. En ambas situaciones se discuten las ambigüedades, no sólo de las soluciones ofrecidas por el juez español, sino también del propio Derecho internacional.

En segundo lugar, el pleno del Tribunal Constitucional ha adoptado varias sentencias relativas a la aplicación de normativa internacional en materia de derechos humanos en nuestro país, *ex art.* 10.2 CE. Entre ellas destaca, sin duda, la sentencia núm. 26/2014 (*Melloni*), que cierra el proceso de diálogo judicial entre el TC y el TJUE relativo a la constitucionalidad de la Decisión Marco 2002/584/JAI, sobre la euro orden. Como expondremos en su momento, la sentencia del TC sugiere opiniones encontradas respecto al nivel de acatamiento que el Alto Tribunal debe mostrar respecto del Derecho de la UE. Así, si por un lado parece acoger de manera indiscriminada la solución ofrecida por el TJUE a situaciones que van más allá del Derecho de la UE, ignora por

---

\* Los autores son, respectivamente, Fellow researcher (Center for the Law of the External Relations of the European Union, Asser Institute), y Profesor Ayudante, Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Universidad de Salamanca); y Profesor Titular, Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Universidad de Salamanca). La presente crónica se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación europeo 10-ERP-028: *International law through the national prism: the impact of judicial dialogue*.

otro lado el mecanismo del art. 93 CE como fundamento jurídico para el cumplimiento de la sentencia del TJUE, centrándose únicamente en el art. 10.2 CE. A buen seguro, ambos desarrollos darán lugar a una amplia controversia doctrinal que será seguida de cerca en futuras ediciones de esta crónica.

Amén de ambos desarrollos, se ofrecen comentarios de la STC núm. 25/2014, relativa a la noción de “Estado archipelágico”, así como una serie de decisiones judiciales relativas cuyo vector es el recurso de la técnica del art. 10.2 CE, en materia de protección del derecho a la intimidad por el uso de pruebas de ADN en procesos penales, reagrupamiento familiar, derecho a la doble instancia penal, cómputo de penas, protección de datos personales y derecho a la educación de menores con discapacidad. Completan la exposición dos sentencias de la AN relativas a asilo y extradición, así como a relaciones diplomáticas y consulares. De manera general, y sin perjuicio de ciertas críticas que podamos formular respecto de alguna decisión, la jurisprudencia evaluada continúa una tendencia constante del juez español, proclive al uso del Derecho internacional público, sobre todo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

## II. DERECHO DEL MAR

### 1. Noción de “Estado archipelágico” en Derecho internacional: no aplicable a la división interna de competencias entre el Estado y Canarias

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 25/2014, de 13 de febrero de 2013.**

Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. *RTC\25\2013*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

En una crónica anterior abordamos una problemática idéntica a la que nos ocupa a efectos del comentario de esta sentencia: la del uso excesivo de las nociones de Derecho del mar, y más concretamente la de Estado archipelágico, a efectos de justificar disputas competenciales de derecho interno.<sup>1</sup> Si en aquel caso la disputa concernía los arts. 2 y 40 del Estatuto de Autonomía de Canarias, el actual conflicto positivo de competencia, planteado por el gobierno canario, se refiere al Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial. De acuerdo con este último, la competencia en la materia corresponde al Estado. La respuesta del TC se limita a reproducir lo afirmado en ocasiones anteriores:

*“En esta última resolución sostuvimos también que no cabe deducir otra conclusión de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, rechazando “la utilización de un concepto propio del Derecho internacional en un ámbito absolutamente ajeno al mismo como es, en definitiva, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas al que afecta la*

---

<sup>1</sup> GARRIDO MUÑOZ, A., “Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España (enero-junio de 2013)”, (25) *REEI* (2013), pp. 9 ss.

*definición del territorio como límite natural de la competencia autonómica” y recordando que “la definición de archipiélago que contiene el art. 46 de la Convención, a los efectos del trazado de las líneas de base que constituyen el límite interior del mar territorial, que sirven para delimitar la zona económica exclusiva y la plataforma continental, sólo resulta aplicable a los Estados archipelágicos” (FJ nº 3.a)).*

*Asier Garrido Muñoz*

### **III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 LOPJ**

**Auto de la Audiencia Nacional núm. 72/2014 (Juzgado de instrucción núm. 1), de 17 de marzo de 2014 (AAN 72/2014)**

*Fuente: Cendoj*

La Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo fue adoptada en un breve período de tiempo como consecuencia de las presiones ejercidas por las autoridades chinas en relación con el caso Tibet, que está siendo investigado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional desde hace varios años<sup>2</sup>. La nueva Ley pretende que la jurisdicción universal debe quedar limitada “a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos” (Preámbulo de la Ley). Este legítimo objetivo se acompaña de una regulación muy restrictiva que pretende cercenar la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal en nuestro país. Sin embargo, la mayoría de los Jueces de Primera Instancia de la Audiencia Nacional ha llevado a cabo una interpretación de las previsiones contenidas en la nueva Ley que les permita continuar las investigaciones más importantes que están llevando a cabo. Un buen ejemplo a este respecto lo tenemos en la negativa del Juez Pedraz a cerrar el caso Couso, uno de los asuntos que parecían condenados al archivo tras la entrada en vigor de La Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo<sup>3</sup>. El titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1 rechaza archivar la causa por el asesinato de Couso en Irak al entender que hacerlo supondría incumplir las obligaciones que se derivan del IV Convención de Ginebra, relativa a la protección debida a las personas en tiempo de conflicto armado.

La decisión del Juez Pedraz se basa en la interpretación que realiza del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra. En su opinión, el artículo 146 no sólo obliga a los Estados a adoptar normas encaminadas a sancionar penalmente las violaciones del IV

---

<sup>2</sup> Vid. ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público”, *REDI*, vol. LXIV (2012), 1, pp. 158-161; SANTOS VARA, J., “Fundación Casa del Tibet and ors v Jiang (Zemin) and ors, Appeal Judgment on Admissibility, App No 196/05, ILDC 1002 (ES 2006), 10th January 2006, National Court”, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2008.

<sup>3</sup> SANTOS VARA, J., “Jiménez Sánchez and ors v Gibson and ors, Appeal Judgment, Case No 1240/2006, ILDC 993 (ES 2006), 11th December 2006, Supreme Court””, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2008.

Convenio, sino que también obliga a las partes contratantes a buscar a las personas responsables de la comisión de este tipo de crímenes y a hacerlas comparecer antes los propios tribunales, sea cual sea su nacionalidad. El tenor literal del artículo 146 es el siguiente:

*“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.*

*Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”.*<sup>4</sup>

El nuevo artículo 23.4 a) de la LOPJ introduce una previsión que faculta a España para ejercer jurisdicción universal en relación con los crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que los procesados sean españoles o extranjeros que residan habitualmente en España, o extranjeros que residan habitualmente en España y cuya extradición haya sido denegada por las autoridades españolas. El Juez Pedraz entiende que el artículo 23.4 a) LOPJ contradice claramente el mandato que se deriva del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra. Así, si se procediera al archivo de la causa “estaríamos admitiendo la posibilidad de que una norma interna modifique o derogue una disposición de un tratado o convenio internacional vigente para España” (FJ segundo). Para reforzar su razonamiento, el Juez Pedraz acude al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados y al artículo 96.1 de la Constitución, que prevé que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Por ello, el Juez considera que ha de inaplicar la nueva norma y otorgar primacía al Derecho internacional sobre el Derecho interno. En consecuencia, el Juez Pedraz descarta la aplicación del Artículo 23.4 a) LOPJ y aplica en su lugar el apartado p) que otorga jurisdicción universal para conocer de “cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro (...)”.

La interpretación que lleva a cabo el Juez Pedraz del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra no nos parece plenamente convincente porque no tiene en cuenta la interpretación realizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) de dicha disposición. En opinión del CICR, la obligación de juzgar exige la presencia física de los acusados de cometer graves crímenes contra el derecho humanitario internacional en el territorio de la parte contratante que pretende ejercer jurisdicción. Esta interpretación, seguida mayoritariamente por los jueces internos, va encaminada a evitar que varios

---

<sup>4</sup> Énfasis añadido.

Estados ejerzan jurisdicción sobre unos mismos crímenes. Sin embargo, el hecho de que la exigencia de responsabilidad penal por la comisión de violaciones graves de Derecho internacional humanitario está plenamente aceptada por la Comunidad internacional en la actualidad y la interpretación del CICR no es jurídicamente vinculante, nos lleva a concluir que la interpretación del Juez Pedraz no es totalmente desacertada.<sup>5</sup> Además, como se expone más adelante, las autoridades norteamericanas no han llevado a cabo una investigación judicial de los crímenes investigados, por lo que declinar la jurisdicción española a favor del Estado en que se encuentran los acusados equivaldría a una denegación de la tutela judicial efectiva de la que son titulares las víctimas.

En la interpretación del artículo 146, el CICR ha afirmado que

*“The obligation on the High Contracting Parties to search for persons accused to have committed grave breaches imposes an active duty on them. As soon as a Contracting Party realizes that there is on its territory a person who has committed such a breach, its duty is to ensure that the person concerned is arrested and prosecuted with all speed. The necessary police action should be taken spontaneously, therefore, not merely in pursuance of a request from another State. The court proceedings should be carried out in a uniform manner whatever the nationality of the accused. Nationals, friends, enemies, all should be subject to the same rules of procedure and judged by the same courts (...)”.*<sup>6</sup>

El Juez Pedraz descarta también la aplicación del nuevo apartado 5 del artículo 23 que exige comprobar si se ha iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el de la nacionalidad de la persona a la que impute su comisión. Además de que Estados Unidos no es parte contratante del IV Convenio, no se ha abierto en Estados Unidos ningún proceso penal encaminado a investigar judicialmente el asesinato de Couso. El Juez Pedraz afirma que cuando se cometen crímenes graves contra el derecho humanitario “las víctimas buscan ser escuchadas, expresar su dolor y angustia, y obtener una reparación”, algo que indudablemente no han permitido las autoridades estadounidenses (FJ nº 4).

El día 6 de junio de 2014, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional avaló la decisión del Juez Pedraz de seguir investigando el caso Couso. El pleno de la Sala de lo Penal, sin entrar en el fondo del asunto, rechazó el recurso interpuesto por la fiscalía contra la decisión inicial. La fiscalía pretendía que los magistrados de la Audiencia Nacional que investiguen crímenes contra la humanidad cometidos fuera de nuestro país envíen las causas a la Sala de lo Penal como paso previo a presentar un recurso de inconstitucionalidad sobre la reforma de la justicia universal.

*Juan Santos Vara*

---

<sup>5</sup> En este sentido, se ha pronunciado recientemente CARRILO SANTARELLI, N., “¿La obligación *aut dedere aut judicare/punire* tiene alcance extraterritorial? A propósito de desarrollos judiciales españoles”, en <http://aquiencia.net/2014/03/20/la-obligacion-aut-dedere-aut-judicatepunire-tiene-alcance-extraterritorial-a-proposito-de-desarrollos-judiciales-espanoles/>

<sup>6</sup> El Comentario del CICR está disponible en <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=6F96EE4C7D1E72CAC12563CD0051C63A>

**Auto de la Audiencia Nacional núm. 104/2014 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 6 de mayo de 2014 (AAN 104/2014)**

*Fuente: Cendoj*

Una de las consecuencias más controvertidas que ha traído consigo la reforma de la jurisdicción universal introducida por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, es la puesta en libertad de más 50 narcotraficantes detenidos en aguas internacionales por el Servicio de Vigilancia Aduanera. Las decisiones adoptadas por varios magistrados de la Audiencia Nacional han tenido una gran repercusión política de la que se han hecho amplio eco los medios de comunicación en los últimos meses. En el Auto de 6 de mayo de 2014, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional avala la tesis defendida por los jueces de instrucción de la Audiencia Nacional, quienes han considerado que España carece de jurisdicción para investigar y enjuiciar a los narcotraficantes detenidos en aguas internacionales. En el caso que dio origen al Auto objeto del presente comentario consta que los detenidos eran ciudadanos extranjeros que viajaban en un buque sin bandera ni matrícula, y no había sido acreditado que la droga tuviera como destino España.

Dada la limitada extensión de la presente crónica, no es posible examinar con detenimiento la reforma de la jurisdicción universal, por lo que este comentario se centrará en examinar si la interpretación adoptada por la Audiencia Nacional es correcta o no desde la perspectiva estrictamente jurídica. Los jueces Grande Marlaska, Espejel Jorquera y Hurtado Adrián emitieron un voto particular en el que argumentan que la AN debería haber mantenido la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los hechos. Como se pondrá de manifiesto a continuación, nos parece más acertada la interpretación del voto particular porque adopta una posición plenamente respetuosa con la legalidad interna e internacional, que evita la creación de áreas de impunidad.

El artículo 23.4 de la LOPJ prevé tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo que

*Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:*

*d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte;*

*i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:*

*1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,*

*2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.*

El recurso del Ministerio Fiscal contra la resolución del Juzgado Central de Instrucción nº 1 se basa en que la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2014, que amplía la competencia de la jurisdicción española para conocer de este tipo de delitos. En su opinión, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 avalaría la jurisdicción extraterritorial española.

En primer lugar, la Audiencia Nacional señala que los apartados *d)* e *i)* del artículo 23.4 LOPJ exigen el cumplimiento de dos clases de condiciones para el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con los delitos del tráfico ilegal de drogas. La Audiencia Nacional descarta desde un primer momento la posibilidad de aplicar las condiciones previstas en la letra *i)* y centra su análisis en el supuesto contemplado en la letra *d)*. En segundo lugar, en relación con la remisión a los instrumentos internacionales efectuada por el apartado *d)* del artículo 23.4 LOPJ, en el Auto de la Audiencia Nacional se afirma que los tratados internacionales celebrados por España no atribuyen jurisdicción ni obligan a los Estados a establecerla. A este respecto se señala que

*“Sin embargo, de su mera lectura resulta que ninguno de ellos confiere directamente jurisdicción a los Estados, ni obligan a éstos a que la ejerzan. Utilizan en todo momento el término “podrán”, lo mismo en relación con la posibilidad de asumir competencia jurisdiccional como incluso del resto de medidas que prevén. Establecen únicamente, en todos los casos, un marco internacional de cooperación dentro del qué los Estados pueden actuar ciertas medidas, entre ellas establecer, facultativamente, su propia jurisdicción. No hay por tanto “supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte” (FJ nº 5).*

En tercer lugar, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acude a los principios de legalidad y seguridad jurídica, mencionados en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2014 en aras de refrendar su interpretación restrictiva de las previsiones que contiene la Ley en relación con el tráfico de drogas. La Audiencia Nacional afirma que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en relación con los distintos delitos incluidos en el apartado *d)* sería únicamente aceptable “en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”, pero se constata que los instrumentos internacionales no atribuyen tal jurisdicción” (FJ nº 6).

En el voto particular se considera que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional debió haber centrado su razonamiento en la letra *i)* del apartado 4 del artículo 23 y, en particular, en determinar si cada uno de los dos supuestos incluidos en el apartado 2º de dicha letra tiene autonomía propia o, si la interpretación de ambos viene determinada por la cláusula final (“con miras a su comisión en territorio español”). A este respecto, los jueces que suscribieron el voto particular afirman que

*“si el delito se ha realizado efectivamente, es perseguible por la justicia española incluso habiéndose cometido fuera de territorio nacional por ciudadanos no españoles; y si se trata solamente de la constitución de grupos criminales con intenciones delictivas, puede la justicia española intervenir solo si la intención de estos grupos es cometer esos delitos en España. Esta interpretación sería aún más inequívoca si se hubiera escrito una coma delante de la conjunción o, pero, (...), el uso de la locución con miras a (...) es ya de por sí incompatible con el primer elemento de la disyunción (...)” (FJ nº 3).*

A la luz del párrafo transcrito, en el voto particular se entiende que, cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos, los tribunales españoles tendrían jurisdicción para su enjuiciamiento con independencia del espacio marítimo en que fueron cometidos y del destino final de la sustancia que se transporte. En cambio, cuando se trate de un acto preparatorio sólo sería competente la jurisdicción española si la constitución de un grupo u organización criminal se ha realizado “con miras a su comisión en territorio nacional”. De este modo, en el voto particular se lleva a cabo una interpretación sistemática y teleológica de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 1/2014 en relación con la persecución del tráfico de drogas en alta mar. Los jueces que suscriben el voto particular entienden que la interpretación restrictiva de la norma vulnera los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en relación con la persecución del tráfico de drogas, que conduce a tener que quedarnos impasibles frente a las embarcaciones cargadas de drogas que naveguen por las aguas cercanas a las costas españolas.

Si bien los jueces discrepantes reconocen que el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 no incluye la obligación de ejercer jurisdicción en relación con este tipo de delitos, este instrumento jurídico facilita la cooperación y la asistencia entre los Estados en la represión de este tipo de comportamientos delictivos. En consecuencia, España no puede hacer dejación de sus responsabilidades basándose en que los instrumentos internacionales y, en particular, la Convención de Viena de 1988, no lo prevén expresamente.

En conclusión, desde la perspectiva estrictamente jurídica no es comprensible que la Audiencia Nacional entienda ahora que la nueva versión de la LOPJ impide la persecución de este tipo de delitos en espacios marítimos internacionales basándose en una interpretación restrictiva de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 1/2014, así como de los tratados internacionales celebrados por España (en particular, de la Convención de Viena de 1988) cuando en el pasado los mismos instrumentos internacionales no fueron un obstáculo. Por ello, si los tratados internacionales han servido de fundamento para el enjuiciamiento de los autores de este tipo de delitos con anterioridad a la reforma, no existen razones lógicas para entender que tras la reforma España no puede ejercer su jurisdicción.

Esta afirmación no supone desconocer la defectuosa técnica legislativa que caracteriza la Ley Orgánica 1/2014. Así, la letra *d*) del artículo 23.4 de la LOPJ fue propuesta por el Grupo Popular con el objetivo de reforzar las jurisdicciones de nuestros jueces y

tribunales en casos de piratería y otros delitos conexos, incluido el tráfico de drogas, lo que al final ha resultado en una doble y desafortunada previsión en relación con este delito. Los jueces de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional han aprovechado este caso para expresar su rechazo a la restricción del ámbito de la jurisdicción universal en nuestro país que conduce a limitar sustancialmente las posibilidades de enjuiciar a los responsables de la comisión de los crímenes más atroces cometidos fuera de nuestras fronteras. Dado que la Fiscalía ha interpuesto un recurso frente al Auto de la Audiencia, será el Tribunal Supremo al que corresponderá finalmente dirimir esta cuestión. Todo hace presagiar que el Tribunal Supremo frenará la deriva adoptada por la Audiencia Nacional en relación con la investigación de los delitos de tráfico de drogas, pero mientras tanto los delincuentes podrán seguir tranquilamente cometiendo sus delitos en las aguas cercanas a nuestras costas.

*Juan Santos Vara*

#### **IV. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2. CE**

##### **1. Diálogo entre Tribunales europeos en materia de derechos humanos: sumisión de la entrega de un individuo a la revisión de una sentencia condenatoria dictada en rebeldía**

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26/2014, de 13 de febrero de 2014 (Pleno).** Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández. *RTC\2014\26*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

Tercer, y posiblemente último, capítulo en el diálogo judicial entre Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la UE en el ya célebre asunto *Melloni*. Después del Auto de 9 de junio de 2011, mediante el cual se plantearon tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo,<sup>7</sup> así como de la posterior sentencia de la Gran

---

<sup>7</sup> Auto 86/2011, de 9 de junio de 2011. Las preguntas planteadas al TJUE fueron las siguientes:

“1ª. El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?”

2ª. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”

3ª En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?”

Sala del TJUE de 26 de febrero de 2013,<sup>8</sup> -que respondió de manera contundente a las inquietudes del TC-, se presenta en esta crónica la última de las fases en este proceso de ida y vuelta en el diálogo entre altas instancias judiciales: la síntesis o solución final al conflicto. En este caso, siguiendo la terminología analizada entre otros por BUSTOS GISBERT, la síntesis a la que llegan el TC y el TJUE es lo que este autor denomina una síntesis “comprensiva”.<sup>9</sup>

Recordemos en primer lugar que el asunto, de sobra conocido a estas alturas, tiene su origen inmediato en el Auto de 12 de septiembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante el cual se acordó la entrega del recurrente a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena impuesta en rebeldía en marzo de 1997 por el Tribunal de Ferrara, como autor de un delito de quiebra fraudulenta. Entre las alegaciones de la defensa del acusado, destacaba el argumento sobre la imposibilidad para el acusado de incoar, ante la jurisdicción italiana, la revisión de la sentencia dictada en rebeldía. De esta imposibilidad derivaba la vulneración del art. 24.2 de la Constitución -en la interpretación que del mismo ha realizado el TC-, puesto que este exige que todo procedimiento de entrega permita al condenado en rebeldía la revisión de la condena inicial.

En respuesta a las preguntas formuladas por el TC, el TJUE determinó lo siguiente:

*“1) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.*

*2) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299, es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*

*3) El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución”.*

---

<sup>8</sup> Sentencia del TJUE (Gran Sala), 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, C-399/11.

<sup>9</sup> Se produce una síntesis comprensiva “cuando el diálogo lleve a la inclusión de una jurisprudencia sobre derechos externa en la jurisprudencia interna o cuando se confiera relevancia constitucional interna a normas o procedimientos fijados por el ordenamiento externo (por ejemplo, considerar el no planteamiento injustificado de una cuestión prejudicial una violación del art. 24 CE o del art. 6 CEDH o aceptar una fuente del Derecho comunitario como norma apta para satisfacer el principio de legalidad penal). Vid. BUSTOS GISBERT, R., “XV proposiciones para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto (2012), p. 40.

No es difícil deducir que la respuesta del TJUE es muy crítica con la doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, en la medida en que se rechaza que la sumisión de la entrega de un acusado a la revisión de la condena en el Estado miembro emisor, que se argumenta que no existe contradicción entre la Decisión marco 2002/584 y los artículos 47 y 48.2 de la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE), y que la posible “escapatoria” del art. 53 CDFUE no es aplicable al caso, la sentencia del TJUE trasmite un alto grado de autoridad jurisprudencial sobre la más alta autoridad española en materia de interpretación constitucional.

En este contexto, y sin pretender sumergirnos en un análisis profundo de la respuesta del TC, podemos proponer en esta crónica la siguiente conclusión preliminar: que la sentencia que aquí presentamos trasmite la sensación opuesta pero con matices importantes. En efecto, en primer lugar, el TC recuerda que, como afirmara en la DTC 1/2004,

*“la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilite tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE) (...)” (FJ nº 3).*

La sentencia recuerda igualmente el valor de la primacía del Derecho de la Unión (*ibid*), lo cual le lleva al TC a constatar que

*“No le corresponde (...) a este Tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, al Tribunal de Justicia al resolver, entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen. Es fundamentalmente a través de éstas, como se le ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de garantizar y salvaguardar de manera efectiva un alto nivel de protección de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea” (FJ, nº 3).*

Aún así, recuerda el TC en consonancia con lo afirmado el Dictamen 1/2004, que “en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española” el TC intervendría para “abordar los problemas que en tal caso se suscitaran” (FJ nº 3).

Seguidamente, el Alto Tribunal recuerda su jurisprudencia en materia de interpretación del art. 24.2 CE en materia de vulneraciones “indirectas” del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de revisión de una condena dictada *in absentia*, para a continuación iniciar la revisión de la “caracterización que este Tribunal ha venido realizando hasta ahora del denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con

todas las garantías” (FJ nº 4). El *iter* argumental puede ser resumido de la siguiente manera:

1. *El canon de control que el TC debe aplicar ha de ser integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, entre los cuales se encuentra el CEDH y la CDFUE (ibid).*
2. *El TEDH ha entendido que el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) no exige la revisión de la condena cuando una persona, habiendo sido informada “de manera efectiva” de las diligencias judiciales, haya renunciado “de manera inequívoca” a su derecho a comparecer. Una conclusión similar es sostenida por el TJUE en relación con los artículos 47 y 48 de la Carta (ibid).*
3. *Esta jurisprudencia opera como “criterio hermenéutico” que permite al TC “delimitar (...) aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar” a una vulneración indirecta del art. 24.2 CE (ibid).*

Estos son los grandes trazos la doctrina del TC en materia de la relación entre el CEDH, la CDFUE y la CE, en lo que al contenido absoluto del derecho a la tutela judicial efectiva se refiere. Convincente o no, el razonamiento del TC plantea dos cuestiones que han sido abordadas por los votos individuales concurrentes (emitidos de manera individual). La primera apunta en una dirección: el TC puede haberse quedado corto en su actitud deferente hacia el Derecho de la UE. La segunda, por el contrario, apunta en la dirección opuesta.

En efecto, en primer lugar, como afirman los Magistrados Adela Asua Batarrita, Encarnación Roca Trías, y Andrés Ollero Tassara, el art. 93 es el gran ausente de la argumentación del TC. La consecuencia de ello no es menor, pues, como afirma la primera Magistrada,

*“en supuestos como el presente, que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión [el artículo 10.2 CE] no puede ser un mero criterio hermenéutico que podamos manejar con cierta libertad, en conjunción con otros, con el fin de concretar ex art. 10.2 CE el contenido absoluto de un derecho fundamental. Por el contrario, proporciona el canon que debemos aplicar ex art. 93 CE en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea (...).”*

Y en segundo lugar, la STC va más lejos de lo que exige la sentencia del TJUE, al *reinterpretar* su doctrina en materia de entrega de un individuo por condenas *in absentia* sin diferenciar entre Estados miembros de la UE y Estados no miembros, es decir, modificando su jurisprudencia tradicional más allá de la euro orden. Las suspicacias que esta opción han levantado entre dos Magistrados son bien resumidas por Andrés Ollero Tassara,

*“No veo razón alguna para que el trato excepcional que del artículo 93 CE derivada haya de hacerse extensivo a la inmensa mayoría de países ajenos a la Unión Europea (...).”*

Sea como fuere, a buen seguro, la sentencia que acabamos de presentar dará lugar a una prolífica respuesta doctrinal en los próximos meses que merecerá ser seguida de cerca a efectos de esta crónica.<sup>10</sup>

*Asier Garrido Muñoz*

## **2. Derecho a la intimidad, tutela judicial efectiva y prueba de ADN a efectos de inculpación por un delito**

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 13/2014, de 30 de enero de 2014 (Pleno).** Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *RTC\2014\13*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 14/2014, de 30 de enero de 2014 (Pleno).** Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *RTC\2014\14*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 15/2014, de 30 de enero de 2014 (Pleno).** Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *RTC\2014\15*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 16/2014, de 30 de enero de 2014 (Pleno).** Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *RTC\2014\16*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 23/2014, de 13 de febrero de 2014 (Pleno).** Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *RTC\2014\23*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

El conjunto de decisiones que analizamos a continuación, de contenido casi idéntico, aborda una cuestión de máxima relevancia para la persecución de crímenes en la sociedad actual: la posibilidad de utilizar pruebas de ADN para inculpar a una persona por un delito. En este tipo de supuestos, frente a la eficacia en la acción policial, se opone la protección de diversos aspectos del derecho a la intimidad (art. 18 CE) y la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). A la hora de adoptar una decisión en estos asuntos,— planteados todos ellos por miembros de ETA condenados por diversas acciones terroristas— el Tribunal Constitucional no se adentra en aguas inexploradas, pues como tendremos ocasión de exponer, tanto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos como el TEDH han aportado respuestas que han contribuido a orientar su razonamiento.

---

<sup>10</sup> No se incluye en esta crónica el comentario de la STC 48/2014, de 7 de abril de 2014, dictada también en el contexto de una euro orden emitida por un órgano judicial italiano, al tratar una problemática diferente a la que nos ocupa: la motivación judicial de la decisión ordenando la entrega a las autoridades italianas. De esta manera, la cuestión de la relación entre el TJUE, el TEDH y el TC es totalmente ajena a esta decisión, y en este contexto, el TC fundamenta su sentencia sobre la base exclusiva de su propia doctrina en materia de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Desde el punto de vista fáctico, debe subrayarse que las actuaciones de las fuerzas de seguridad cuestionadas por los recurrentes en amparo no consistían en el mero almacenamiento de datos de ADN a efectos de un hipotético uso en caso de que estos fueran necesarios. Por el contrario, de lo que se trataba era de comparar muestras de ADN de individuos ya sospechosos de la comisión de actos terroristas concretos. Este elemento, como veremos, tendrá una relevancia decisiva en el razonamiento del TC.

Como elemento de análisis, utilizaremos la STC 23/2014. En síntesis, los recursos aducen la vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), así como a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Respecto del primer derecho, argumenta el recurrente que el análisis del perfil genético de los recurrentes fue realizado por la policía autonómica sin ningún tipo de control. Tal análisis, pese a no suponer una intervención corporal, habría precisado de autorización judicial, pues puede revelar datos sensibles e íntimos de la persona. En su respuesta, el TC evoca su reciente STC 199/2013, en la que acordó que el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo suponía una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse.<sup>11</sup> Entre otros, el TC se apoyó en la jurisprudencia del TEDH, particularmente en la sentencia *S. y Marper c. Reino Unido*, y la decisión de inadmisión *Van der Velden c. Países Bajos*.<sup>12</sup>

Ahora bien, prosigue el TC,

*“[a]firmada la existencia de injerencia en la vida privada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa la cuestión en la justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (...) [el TEDH] se cuida de remarcar oportunamente la diferencia existente entre el supuesto abordado –conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de los autores de futuros hechos delictivos- de aquellos otros casos en los cuales “la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido” (FJ nº 2)*

Ello implica que el criterio de finalidad legítima de la medida se encuentra cumplido en los supuestos de práctica de estos análisis si esta “[e]stá destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido” (*ibid*, citando la sentencia *S. y Marper*). La actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad vascos se encontraba, pues, justificada desde el punto de vista de este requisito.

En lo que respecta al elemento de la cobertura legal, este planteaba escasos problemas, al encontrarse la prueba de ADN amparada por las disposiciones relevantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Igualmente, el cumplimiento con el requisito de proporcionalidad no fue objeto de observaciones por el TC de gran calado. Más

---

<sup>11</sup> STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6 *in fine*.

<sup>12</sup> STEDH, *S. y Marper c. Reino Unido* de 4 de diciembre de 2008, nº 30562/04 y 30566/04; decisión de inadmisión *Van der Velden c. Países Bajos*, de 7 de diciembre de 2006, nº 29514/05.

problemas ofrecía, empero, el aspecto de la necesidad de la autorización judicial, lo cual exigió del Alto Tribunal un razonamiento más elaborado que podemos resumir en los siguientes puntos:

- “[E]s escasa o nula la incidencia material de la intromisión en la intimidad personal de los demandantes, que habría consistido en el riesgo de que el análisis de ADN fuese más allá de la mera identificación neutra (...)” (FJ nº 2). En este apartado se hace una referencia a la sentencia *Maryland v. King*, de 3 de junio de 2013, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.
- “[L]a actuación pericial, al ceñirse a las regiones de ADN no codificante, se ajustó a los estándares proporcionados por la normativa nacional e internacional reguladora del uso forense del ADN, con lo que se asegura que se va más allá de la identificación neutral del sujeto” (*ibid*). El TC hace referencia aquí a la resolución del Consejo, de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN,<sup>13</sup> así como el Tratado de Prüm relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal (*ibid*).
- En las circunstancias del caso, una actuación urgente era requerida, a fin de evitar todo riesgo de degradación de la muestra (*ibid*).
- El cuerpo normativo vigente no exige resolución judicial (*ibid*).
- La prueba realizada se vio sometida a un control judicial “tan pronto como estuvo disponible” (*ibid*).

Por estos motivos, entendió el TC que no hubo violación de este requisito del derecho a la intimidad.

En segundo lugar, aduce el recurrente que se viola la garantía de la “autodeterminación normativa” prevista en el art. 18.4 CE, a causa de que las fuerzas de seguridad habrían incluido en una base de datos informatizada el resultado del análisis de las muestras genéticas de los recurrentes, sin ningún tipo de control administrativo ni de otro orden. A este respecto, el TC no tuvo mayores problemas el TC para refutar el argumento, en la medida en que no se correspondía con la realidad de los hechos tal y como sucedieron, tal y como quedó demostrado con los elementos de prueba presentados ante el Tribunal.

Finalmente, el recurrente invoca la infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque los órganos judiciales habrían apreciado como prueba de cargo el análisis de ADN, que no puede considerarse válida por haberse realizado sin autorización judicial. Para responder a esta pretensión, al TC le bastó con evocar su jurisprudencia relativa a la licitud constitucional de este medio de prueba.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> *DOUE C 187*, de 03.07.2001.

<sup>14</sup> Véanse SSTC 137/2005; de 23 de mayo, FJ nº 2, y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ nº 3.

El fallo cuenta con dos votos discrepantes, el primero de los Magistrados Adela Asua Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez, y el tercero del Magistrado Andrés Ollero Tassara. Desde el punto de vista de esta crónica, y más concretamente del art. 10.2 CE, su argumentación del primero de dichos votos resultad del todo relevante.

En efecto, para ambos Magistrados, el TC debería haberse apoyado en la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales propios del ámbito europeo, en lugar de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense. A este respecto, citan – exclusivamente-, una sentencia del Tribunal Constitucional austriaco en la que este señala, entre otros aspectos, que

*“la especial sensibilidad de un perfil de ADN, cuya futura utilidad no es hoy por hoy previsible (citando la STEDH S. y Marper), así como la posibilidad de una utilización para fines distintos a los que justificaron su obtención, exigen que la norma legal de habilitación establezca con nitidez el tipo de delitos que (...) justifiquen tal injerencia en la intimidad (...)”*

Sin rechazar que el TC propague el fenómeno de la *cross-fertilization* entre tribunales constitucionales, ambos Magistrados sugieren una priorización, a todas luces lógica, de las opiniones de aquellos tribunales más cercanos a nuestra cultura jurídica en materia de derechos fundamentales, tanto más cuanto que, según explican, el Tribunal constitucional austriaco “ha atribuido rango constitucional al texto de dicho convenio”. Desde nuestro punto de vista, y sin negar la interesante dimensión metodológica de este voto, se puede objetar que resulta cuestionable que la opinión de *un solo* tribunal constitucional –el austriaco- recoja y sintetice *toda* la *opinio iuris* judicial de los altos tribunales de los Estados miembros del Consejo de Europa. Un uso más amplio de otras referencias judiciales procedentes del mismo área geográfica habría contribuido a apuntalar la credibilidad del argumento.

Sea como fuere, no se puede dudar de que la sentencia que acabamos de comentar, en sus varias vertientes, reviste una máxima relevancia desde la perspectiva del delicado equilibrio entre libertad y seguridad que debe alcanzar la acción antiterrorista de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

*Asier Garrido Muñoz*

### **3. Derecho a la doble instancia penal**

**Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2014 (Sala de lo Penal, Sección 2ª).** Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martín Arrieta. *STS 1221/2014*

*Fuente: Cendoj*

Como es habitual en otras crónicas, haremos referencia, si quiera sea sumaria –pues la problemática ya ha sido abordada en numerosas ocasiones- a la cuestión del derecho a la doble instancia penal.

La recurrente en el caso de autos interpuso recurso de casación contra la sentencia de condena a dos personas como autoras de un delito contra los derechos de los trabajadores, debido a que regentaban un local dedicado a la prostitución en el que trabajaban mujeres forzadas a ejercer la prostitución. Pues bien, el tercer motivo de casación se centra en la inexistencia de una doble instancia penal, con vulneración, de acuerdo con la recurrente, de los arts. 14.5 PIDCP y 13 CEDH, así como el art. 73 LOPJ.

La Sala del TS muestra claramente su hastío con la interposición de recursos por este motivo, remitiéndose así a lo afirmado en la STS 265/2010, donde se explica que

*“Se trata de una cuestión que viene repitiéndose una y otra vez (...) a pesar de que ha sido ya reiteradamente analizada y resuelta en sentido desestimatorio (...) El recurso de casación penal en el modo en que es aplicado en la actualidad particularmente cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cumple con lo previsto en el artículo 14.5”*

Se reitera igualmente el análisis –habitual en estos contextos– de la jurisprudencia del TEDH, que estima que el art. 2 del Protocolo número 7 otorga a los Estados la facultad de “decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último”. Se hace referencia, igualmente, al hecho de que otras Comunicaciones del Comité de Derechos Humanos han considerado adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo en un recurso de casación.<sup>15</sup>

*Asier Garrido Muñoz*

#### **4. Cómputo de penas acumuladas. Derecho a la libertad**

**Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de febrero de 2014 (Pleno).** Ponente: D. Enrique López y López. *RTC 2014\35*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

Entre las varias sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Constitucional que aquí recogemos, la que a continuación comentamos no hace en sí referencia a ninguna integración normativa de la doctrina de un órgano en materia de derechos humanos. Más bien lo contrario, la sentencia obvia toda referencia a la jurisprudencia del TEDH en materia de acumulación de penas, familiar para el jurista español desde la sentencia *Del Río Prada c. España* de la Gran Sala;<sup>16</sup> es por ese motivo que merece su inclusión en esta crónica.

En efecto, la problemática central de este caso tiene su origen en la decisión de la Audiencia Nacional de no descontar del límite máximo de cumplimiento de tres penas

---

<sup>15</sup> Véanse *Parra Corral c. España*, comunicación núm. 1356-2005, par. 4.3; *Cuartera Casado c. España*, comunicación núm. 1399-2005, par. 4.4; *Bertelli Gálvez c. España*, comunicación núm. 1389-2005, par. 4.5; *Carballo Villar c. España*, comunicación núm. 1059-2002, par. 9.3.

<sup>16</sup> STEDH, *Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013, nº 42750/09.

acumuladas impuestas a un mismo individuo (veinticinco años en total) el período de cumplimiento en que simultáneamente se encontraba, a la vez, como preso preventivo en la tercera causa y como penado en la primera. A juicio del demandante, dicho período comprendía los días que transcurren del 16 de diciembre de 2004 al 25 de septiembre de 2005. Como consecuencia, según el recurrente en amparo, se había producido una violación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y a la tutela judicial efectiva del demandante (art. 24.1 CE).

El TC resolvió el recurso, entre otros aspectos, sobre la base de una explicación basada en la lógica: de acceder a la petición del demandante, este vería reducido el tiempo de cumplimiento efectivo de su condena “por el hecho de haber cometido los graves delitos por los que fue condenado” por tercera vez, y que determinaron su prisión provisional. Es decir, según el TC; “se produciría el absurdo de que la comisión de nuevos delitos le resultaría beneficiosa al conllevar una rebaja del tiempo máximo de “cumplimiento efectivo” de la condena”. (FJ nº 4).

La crítica al razonamiento, basado exclusivamente en la propia jurisprudencia del TC, procede del voto particular que formulan Dña. Adela Asua Batarrita y D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, D. Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol Ríos. Los citados Magistrados invocan la doctrina de la STC 57/2008, según la cual “el período de solapamiento [entre penas] indica un plus de afección de la libertad que, a falta de otra previsión legal, debe computarse “en su totalidad” (art. 58.1 CP) como tiempo de pena cumplida anticipadamente” (FJ nº 3). En otras palabras, “la privación de libertad sufrida como “medida cautelar” se transmuta en “pena”, cumplida por anticipado”. Ello justifica su discrepancia con el fallo de la mayoría.

Desde la perspectiva del art. 10.2 CE, el voto particular contiene la siguiente afirmación, que es utilizada como mero argumento *a fortiori*:

*“Esta conclusión (...) es la sostenida por la Sentencia (Gran Sala) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, caso Del Río Prada c. España, en relación con el abono de redención de penas por el trabajo, y en la más reciente jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que haciendo aplicación de la doctrina sentada en la citada STEDH a los supuestos de doble abono de la prisión provisional, ha establecido que debe computarse sobre el límite máximo de cumplimiento (...).”*

Ciertamente, la sentencia *Del Río Prada*, sobre la que nos pronunciamos en la edición anterior de esta crónica, es un fallo que, en tanto que obligatorio y definitivo, merece su acatamiento por los tribunales españoles. Sin embargo, resulta dudoso que deba ser aplicado a supuestos tan diferentes como el del caso concreto, en el que en absoluto se encuentra en juego la aplicación retroactiva de una doctrina judicial en materia de cómputo de penas. Allí donde no hay *ratio legis*, se deben evitar las analogías.

*Asier Garrido Muñoz*

## **5. Reagrupamiento familiar y derechos del niño**

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/2014, de 7 de abril de 2014 (Sala Primera).** Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. *RTC\2014\46*

Fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

El interesante asunto que dio lugar a la STC de 7 de abril de 2014 ofrece un ejemplo impecable sobre la correcta aplicación del Derecho internacional por el juez español. Los hechos se retrotraen a una serie de sentencias, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Valencia y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en las cuales se convalidó la decisión de la Subdelegación de Gobierno de Valencia, denegatoria de la renovación del permiso de trabajo y residencia del recurrente en amparo. El motivo principal fue el contenido de un informe del Ministerio de Justicia, de acuerdo con el cual el solicitante tenía antecedentes penales derivados de una condena menor (a cuatro meses de días-multa y la privación del permiso de conducir) por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o estupefacientes.

Entre las circunstancias que, a juicio del recurrente, deben actuar como atenuante de la decisión de expulsión del territorio nacional, se encuentra la existencia de dos niños menores, uno de ellos de nacionalidad española, que dependen económicamente del padre. Y es que, a pesar de estar divorciado, el recurrente tiene la custodia compartida y abona la correspondiente pensión de alimentos. Invoca para ello el principio rector constitucional de protección a la familia (art. 39 CE), y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, además de la doctrinal del TS relativa al arraigo y al superior interés del menor.<sup>17</sup> En definitiva, para el recurrente, se ha producido una violación de los artículos 18 y 24.1 CE.

La respuesta del TC acepta sus pretensiones, al estimar que “concurren en el presente caso circunstancias excepcionales que debieron ser ponderadas por la Administración en el momento de la denegación de la renovación de los permisos solicitados” (FJ nº 6). Entre los argumentos del Tribunal, se encontraba el carácter menor de la pena a la que fue condenado. En efecto, para el TC, si la Ley de Extranjería, en su art. 31.4, permite ponderar la decisión de no renovar el permiso de trabajo y residencia para los supuestos de delitos graves, con más razón aún tal circunstancia debe ser posible si el delito es menor. En este sentido, y como consecuencia,

*“[l]a Administración o los órganos judiciales en vía de recurso, al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del artículo 10.2 CE, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de Derechos del Niño, debieron ponderar las “circunstancias de cada supuesto” y “tener en cuenta la gravedad de los hechos”, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad de realizar tal ponderación” (FJ nº 6).*

---

<sup>17</sup> Vid., sobre todo, la STC 1520/2005, de 26 de enero.

Se trata de un razonamiento muy bien articulado, pues exige de la autoridad administrativa que pondere la normativa existente en materia de extranjería de acuerdo con la normativa internacional vinculante para España. En las circunstancias del caso, el TC determinó que la permanencia del recurrente estaba justificada. En consecuencia, procedía otorgar el amparo, no tanto por violación del artículo 18 CE, sino del artículo 24.1 CE,

“puesto que las resoluciones judiciales (...) al no ponderar las circunstancias personales puestas de manifiesto en la tramitación del expediente, cuando estaban en juego, además del artículo 24 CE, el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación con el mandato del artículo 10.2 CE, así como el artículo 3.1 de la Convención (...) de Derechos del Niño” (FJ nº 7).

*Asier Garrido Muñoz*

## **6. Protección de datos personales**

**Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1202/2014, de 19 de marzo de 2014 (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª).** Ponente: Excmo. Sr. Juan Pedro Quintana Carretero. *SAN 1202/2014*

*Fuente: Cendoj*

El recurso al mecanismo interpretativo del art. 10.2 CE, sin tener efectos limitadores del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, sí que puede ser utilizado por los Tribunales nacionales para contribuir a fundamentar la delimitación del ámbito de aplicación de un derecho fundamental que opera el juez nacional. Es el caso de la sentencia de la AN núm. 1202/2014 respecto del ámbito de aplicación *ratione personae* del art. 18.4 CE. Según este precepto,

*“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

Igualmente se discute en el caso concreto la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que adaptó al ordenamiento español lo dispuesto por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en la materia.<sup>18</sup>

En síntesis, la problemática del caso de autos residía en determinar si la normativa a la que acabamos de referirnos era aplicable no sólo a las personas físicas, sino también a las jurídicas. El asunto tenía su origen en la decisión del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador o de infracción, tras una supuesta filtración a un colegio de

---

<sup>18</sup> BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999, 43088-43099.

abogados de unos datos relativos al tratamiento de medicamentos realizado por un farmacéutico.

La AN citó un abundante cuerpo legal y jurisprudencial en su razonamiento a fin de demostrar que la normativa europea e internacional restringe el ámbito de aplicación de la legislación española –y el precepto constitucional- única y exclusivamente a las personas físicas. Dicho material ya había sido previamente invocado por el TC en su STC 292/2000, de 30 de noviembre: la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales, el Convenio para la Protección de Personas respecto al Tratamiento automatizado de Datos de Carácter Personal de 28 de enero de 1981, la Directiva 95/46, el art. 18 TFUE (que establece el derecho a la protección de datos “de las personas físicas”), el Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>19</sup> y, finalmente, el art. 8 de la CDFUE. De todo este material normativo no se puede deducir que una sola interpretación, y es la que restringe la aplicación del derecho a la protección de datos a las personas físicas. En el caso concreto, además, se rechazó el recurso contencioso-administrativo, al entender la AN que la información suministrada no presentaba conexión ni se refería a la “esfera íntima y personal” del farmacéutico titular del establecimiento de farmacia, “sino a la esfera profesional de actividad que desarrolla en la misma”, que no se encuentra protegida *ex* artículo 18.4 CE.

*Asier Garrido Muñoz*

## **7. Derecho de la educación de menores con discapacidad**

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 10/2014, de 27 de enero (Sala Primera).** Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. *RTC\2014\10*

*Fuente:* [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

Como lo demuestra el supuesto planteado ante el TC, la protección de ciertos derechos fundamentales relacionados con la prohibición general de discriminación del art. 14 CE requiere, si no un nivel más elevado de protección, al menos sí un deber agravado de motivar las decisiones que descartan la discriminación positiva de un menor discapacitado.

Los hechos fueron los siguientes: tras su ingreso en un centro escolar ordinario de Palencia, se comprobó que un menor sufría una discapacidad psíquica aguda motivada por un síndrome grave de autismo. Los padres del menor rechazaron sucesivas propuestas, formuladas por psicopedagogos especializados y por el mismo centro escolar, de que el menor realizara sus estudios en un centro escolar especializado. El motivo era que, a su entender, era posible la integración del menor en un centro ordinario si al mismo tiempo recibe el apoyo educativo especializado. En cambio, para los psicopedagogos que lo examinaron en repetidas ocasiones, era necesario realizar

---

<sup>19</sup> *DOUE* L 8/2, de 12.1.2001.

adaptaciones curriculares significativas en todas las áreas del currículo, tomando como referencia el currículo de la etapa 0-3 años. Dicha opinión terminaría por fundamentar sendos dictámenes de la Dirección Provincial de Educación de Palencia, así como las sucesivas resoluciones judiciales que rechazaron los recursos planteados por los padres.

En amparo, los padres invocaron la violación del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la educación (art. 27 CE), al entender que la escolarización del menor en un centro de educación especial fomenta un trato discriminatorio por su discapacidad y es perjudicial para su formación, habiéndose también conculcado el derecho reconocido en el art. 15 CE (integridad moral del menor) y el del art. 24 CE (tutela judicial efectiva). Según el criterio del Ministerio Fiscal, la demanda debía ser estimada, pues la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 exige de los Estados que aseguren un sistema de educación inclusivo a todos los niveles. Desde la óptica del art. 27 CE, la crítica del Ministerio Fiscal se centra no tanto en el contenido de la decisión de no escolarizar al menor en un centro ordinario, sino en la falta de motivación de la misma, al no identificar “las carencias del menor” ni analizar los apoyos que precisaría en un centro ordinario. Desde el óptica del art. 14 CE, por contrario, la crítica del Ministerio Fiscal se dirige al fondo de la decisión de no escolarizarlo en un centro ordinario, “como consecuencia de la no prestación al menor de los apoyos necesarios para procurarle una educación integrativa en un centro ordinario”.

El TC rechazó el recurso. Ciertamente, para al Alto Tribunal, la Convención de 2006 recoge un principio general de inclusión en la educación (art. 24.1), pero también recuerda que, de acuerdo con el tenor del art. 24.2.c) de la Convención de 2006, para hacer efectivo el derecho a la educación, se han de hacer “ajustes razonables en función de las necesidades individuales” de los menores discapacitados. El término “ajustes razonables” reenvía al tenor del art. 2 de la Convención, que entiende por tales “[l]as modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Completa el TC su exposición del marco normativo con la Ley Orgánica 2/2006, de educación, que prevé en su art. 74.1 que, de manera análoga a la Convención de 2006, prevé un principio general de inclusión matizado con la escolarización excepcional en centros especiales “[c]uando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”.

En este contexto, entiende el TC que la Administración motivó adecuadamente su decisión de no escolarizar al menor en un centro ordinario. Expone que de la resolución cuestionada, “integrada con el conjunto del expediente”, permite concluir que se exteriorizaron en la misma las razones que condujeron a la decisión de escolarización. Argumenta así el TC que

*“Se infiere con naturalidad que la determinación de escolarización del alumno en un centro de educación especial adoptada por dicha Administración no puede reputarse como irrazonable o discriminatoria, siendo coherente con lo previsto en*

*la Convención [de 2006] (...) por referencia a lo previsto en su art. 2 sobre los ajustes que debe adoptar la Administración que no supongan “una carga desproporcionada o indebida”, así como respetuosa con el criterio de la Ley de educación (...) Acreditado lo anterior por la Administración educativa, es decir que en interés del menor resulta indicada su escolarización en un centro de educación especial, no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser o no prestados en un centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios” (FJ n° 5).*

La sentencia cuenta con un voto particular formulado por D. Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos. El tenor del mismo incide en el plus requerido por el derecho del art. 27 CE al que ya se refería el Ministerio Fiscal. Para ambos Magistrados, se deduce que la resolución impugnada que la Administración no ha ponderado adecuadamente la opción intermedia que supone el ingreso en un centro educativo ordinario con apoyo especializado.

*Asier Garrido Muñoz*

## **V. RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES**

**Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 105/2014, de 22 de enero de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).** Ponente: Excmo. Sra. Dña. Ana María Sangüesa Cabezudo. *SAN 105/2014*

*Fuente: Cendoj*

El presente caso tuvo su origen en un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación de una solicitud de responsabilidad patrimonial deducida del Ministerio de Asuntos Exteriores, por el que se reclamaba la declaración de responsabilidad como consecuencia de la negligencia en el desempeño de sus funciones e inactividad por parte de éste. Desde el punto de vista técnico-jurídico, el asunto evidencia lo complejo que resulta conseguir la responsabilidad patrimonial en supuestos relativos a las gestiones diplomáticas o consulares operadas por las embajadas en el extranjero. Desde el punto de vista más práctico, se evidencia la triste realidad de la sustracción de menores y las dificultades de la cooperación judicial cuando uno de los Estados concernidos no es parte en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Los hechos, tal y como los presenta la Audiencia Nacional, son los siguientes: en marzo de 2009 un Juzgado de Primera Instancia de Madrid otorgó al demandante la guarda y custodia de su hijo, y el exclusivo ejercicio de la patria potestad, en la que se verificaba que la madre, de nacionalidad japonesa, había sacado al hijo de España en enero de 2008.

El Juzgado inició procedimiento de ejecución forzosa, para dar el debido cumplimiento a la sentencia. Con el auxilio del Ministerio del Interior, se situó el paradero del menor en Japón. Como consecuencia de estos hechos, se iniciaron diligencias penales contra la madre del menor por delito de desobediencia y sustracción de menores. Las autoridades japonesas rechazaron cualquier tipo de colaboración con las autoridades españolas.

Para la Audiencia Nacional, no se produjo ningún funcionamiento anormal de la Administración Pública. Subraya en este sentido las dificultades derivadas del hecho de que Japón no sea parte en la Convención de la Haya de 1980, de que un ciudadano japonés haya adoptado legalmente al menor, integrándolo en una nueva familia, y del escaso interés de este país en dar cumplimiento a las peticiones de auxilio internacional para localizar a la madre biológica. En este sentido, constata la Audiencia Nacional las numerosas actuaciones de la Embajada para colaborar en el interesado y con las peticiones de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores. Y en lo que respecta a la actuación de las autoridades consulares, se hace una referencia a la definición de “funciones judiciales” que realiza la Convención de Viena de 1963, para concluir, en definitiva, que en el caso de autos

*“se ha desplegado la actividad que era esperable de las autoridades diplomáticas, así como la asistencia que ha requerido el interesado, constatándose además contactos ante las autoridades locales”.*

No se produjo, en definitiva, ningún daño que pudiera ser derivado de un anormal funcionamiento de la Administración.

*Asier Garrido Muñoz*