

# CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA (JULIO-NOVIEMBRE DE 2013)

**Asier Garrido Muñoz y Soledad Rodríguez Sánchez-Taberneró \***

*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. ASILO Y EXTRADICIÓN. VI. RELACIONES DIPLOMÁTICAS

## I. INTRODUCCIÓN

La presente crónica de jurisprudencia de los tribunales españoles en materia de Derecho internacional público sitúa como protagonista a la sentencia *Del Río Prada c. España* del TEDH. Para nada es aventurado predecir que serán numerosos los comentarios que la doctrina dedicará a este fallo del Tribunal de Estrasburgo, que ha suscitado reacciones –a menudo desmedidas– las cuales es de desear que, al menos, desemboquen en última instancia en el establecimiento de un mecanismo adecuado de ejecución de sentencias del TEDH. Y es que, más allá de las importantes cuestiones materiales planteadas por el caso concreto, la serie de sentencias que ha seguido a la decisión del TEDH ha puesto el énfasis en las relevantes carencias del sistema jurídico español en materia de cumplimiento con las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No todo termina, de todas maneras, con la controversia relativa a la aplicación retroactiva de la doctrina Parot. Por ejemplo, en materia de jurisdicción universal, la Audiencia Nacional ha dictado sendos Autos relativos a los crímenes cometidos en el Tíbet, en los que se dictan órdenes de busca y captura de altas autoridades gubernamentales chinas (entre ellas, los ex Presidentes Hu Jintao y Jiang Zemin). La relevancia política de ambos es innegable, si bien desde un punto de vista jurídico hay menos sorpresas, al posibilitarse la aplicación del principio de justicia universal por ser una de las víctimas ciudadano español. Junto a estas decisiones, analizaremos brevemente el Auto de la Audiencia Nacional desestimando una querrela interpuesta por la comisión de delitos contra la humanidad cometidos en Cuba.

---

\* Los autores son, respectivamente, Doctor en Derecho y Profesor Ayudante del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Universidad de Salamanca) y Becaria de Investigación de la Junta de Castilla y León (ayuda cofinanciada por el Fondo Social Europeo), 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*.

En materia de derecho del mar, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de febrero de 2013 hace referencia a varias disposiciones de la Convención de Montego Bay relativas a la jurisdicción de los tribunales españoles sobre delitos cometidos en el alta mar a bordo de un buque de nacionalidad española. En materia de derechos humanos, aparte de las “secuelas” derivadas de la sentencia *Del Río Prada c. España*, la presente crónica comenta varias sentencias del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional relativas a la protección de derechos de defensa, el derecho a la intimidad, la tutela judicial efectiva relacionada con la posible comisión de torturas, y tutela judicial efectiva considerada desde una perspectiva mas amplia.

Finalmente, dedicamos dos apartados a pronunciamientos relativos al derecho de asilo y relaciones diplomáticas. En el primer caso, la muy interesante sentencia de la Audiencia Nacional de 70/2003 plantea la problemática derivada de la aplicabilidad de las causas de revocación del derecho de asilo a un refugiado que ha incurrido en conductas graves de “discursos del odio” que suponen un peligro para la seguridad nacional. Y por último, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima los argumentos relativos a la grave situación de crisis económica vivida en Grecia, que fueron utilizados en su momento la extinción de una relación laboral con una empleada de la Embajada del país heleno en España.

## **II. DERECHO DEL MAR**

### **1. Jurisdicción de los tribunales españoles sobre una infracción administrativa cometida en alta mar.**

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 636/2013 (Sala de lo Contencioso), de 11 de febrero de 2013.** Ponente: Dña. María Dolores Galindo Gil  
*STSJ GAL 7036/2013*  
*F.: Cendoj*

Ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia se presentó recurso administrativo solicitando la nulidad de la resolución de la subdelegación del Gobierno en Pontevedra, por la que se le imponía a la recurrente una elevada sanción pecuniaria como consecuencia de una infracción muy grave contra el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, consistente en la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo.

Los hechos de origen son los siguientes: la recurrente, armadora de un buque palagrero, se dedica a faenar en aguas y caladeros internacionales, sin realizar escalas en territorio nacional, pese a que reconoce que su puerto base es la ciudad de Lugo, a efectos administrativos y como buque de bandera española.

En octubre de 2009 embarcaron ciudadanos indonesios mientras el buque se encontraba atracado en Nueva Caledonia, con el objeto de faenar en aguas internacionales, en

espera del resultado de las negociaciones que se mantenían para obtener permisos de pesca en Indonesia. En abril de 2010 se produjo un amotinamiento de la tripulación cuando la embarcación se encontraba en alta mar, dirigiéndose al puerto de Callao ante la ausencia de acuerdo entre la tripulación y los armadores. En octubre de 2011 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acordó la incoación de procedimiento sancionador contra el recurrente, pues los trabajadores habían prestado servicios laborales sin haber obtenido la compañía armadora las preceptivas autorizaciones administrativas para trabajar en España.

La armadora recurrió la decisión ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Entre los motivos invocados, se encuentra el relativo a la inaplicabilidad de la Ley Orgánica 4/2000 a los hechos en cuestión, debido a que estos tuvieron lugar siempre fuera del territorio español. Además, los ciudadanos indonesios en ningún momento prestaron servicios en territorio español, pues se trataba en todo caso de extranjeros no residentes en España. La exención de solicitar el permiso de trabajo era evidente ya que ninguno de los ciudadanos afectados residía ni tenía la intención de residir en España, ni se pretendía que prestaran servicios en territorio español: el objetivo era trabajar en su país para obtener los permisos de pesca en Indonesia.

Es evidente que el argumento no podía prosperar, y así lo entendió con buen criterio el Tribunal Superior de Justicia de Galicia con base –en parte- en los términos del Derecho internacional. En primer lugar, se refirió al artículo 94 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de Montego Bay:

*1. Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón.*

*2. En particular, todo Estado:*

*(b) Ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque.*

Como explica el Tribunal Superior, “dicho precepto (...) garantiza que los trabajadores que ejerzan en un barco con pabellón español tengan la seguridad laboral, tanto en contratos como en prestaciones”. A continuación, acude al criterio del “vinculo efectivo” existente entre el buque y España, con el fin último de determinar la jurisdicción bajo la que se encontraba la embarcación. Aunque es cierto que no cita – como debiera haber hecho- el artículo 91.1 de la Convención y el criterio de la “relación auténtica” que en él se requiere para que una embarcación se considere pabellón de un Estado, el criterio aplicado es similar y lleva en todo caso a la conclusión correcta:

*“Es la legislación española la aplicable al objeto de tutelar las obligaciones administrativas, técnicas y sociales, así como, el cumplimiento de la legislación internacional, y de las responsabilidades derivadas. Y ello por extensión al buque palangrero de la soberanía del Estado español que es el de su pabellón”.*<sup>1</sup>

*Asier Garrido Muñoz*

---

<sup>1</sup> STSG, núm. 636/2013, FJ 3.

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

#### 1. Delitos de lesa humanidad cometidos en Cuba. Desestimación de la querrela

**Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 6), de 23 de septiembre de 2013.** Ponente: Excmo. Sr. D. Eloy Velasco Núñez

*F.: Cendoj*

El supuesto de hecho originario de este Auto de la Audiencia Nacional es bien conocido por la opinión pública: el dirigente de un grupo de juventudes afiliado al partido gobernante en España fue encarcelado en Cuba como responsable de un accidente de tráfico en el que murieron sus dos acompañantes, ambos de nacionalidad española, unos de los cuales era el opositor cubano Osvaldo Payá. En octubre de 2012, fue condenado por el Tribunal Provincial Popular de Granma a cuatro años de prisión como autor de un delito de homicidio imprudente en accidente de tráfico. Posteriormente fue trasladado a España, en fecha de 29 de noviembre de 2012, para cumplir el resto de la pena impuesta por las autoridades judiciales cubanas, en base al Convenio sobre ejecución de sentencias penales suscrito entre España y Cuba el 23 de julio de 1998.<sup>2</sup> De acuerdo con su artículo 5,

*Artículo 5.*

*El presente Convenio sólo se aplicará con arreglo a las condiciones siguientes:*

- 1. Que los actos u omisiones que han dado lugar a la sentencia penal sean también punibles o sancionables en el Estado de cumplimiento, aunque no existiera identidad en tipificación.*
- 2. Que el delito no sea político o de índole estrictamente militar.*
- 3. Que el condenado o sancionado sea nacional del Estado de cumplimiento.*
- 4. Que la sentencia sea firme, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14.*
- 5. Que el condenado dé su consentimiento para su traslado o, en su caso, el representante legal del mismo, en caso de incapacidad de aquél.*
- 6. Que la duración de la pena que esté por cumplir, en el momento de la presentación de la solicitud a que se refiere el inciso c) del párrafo 2 del artículo 10, sea, por lo menos, de seis meses. En casos excepcionales las Partes podrán acordar la admisión de una solicitud, cuando el término por cumplir sea menor al señalado.*

Es decir, que la sentencia dictada por las autoridades cubanas, por un delito común, ha sido objeto de reconocimiento explícito por el Gobierno español. Más recientemente, la Audiencia Nacional ha negado el indulto al único superviviente del accidente.

Poco después se interpuso una querrela ante la Audiencia Nacional por los mismos hechos (interpuesta por la hija y la mujer del fallecido) al considerarlos constitutivos de un delito de lesa humanidad en el sentido del artículo 607 *bis* del Código Penal. Entre

---

<sup>2</sup> BOE núm. 267, de 7.11.1998, p. 36387.

otros argumentos, las querellantes criticaban la veracidad de la versión de los hechos aceptada por el tribunal cubano.

La decisión de la Audiencia Nacional no merece a nuestro juicio mayor comentario. La calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad resulta cuanto menos difícil, tanto a la luz de los precarios elementos fácticos de los que se dispone, como de los aspectos jurídicos del asunto. No sólo se cumplen todos los requisitos del artículo 5 del Convenio de extradición con Cuba, sino que también se produce la circunstancia de que el artículo 23.4 LOPJ

*“sólo opera ante el fraude o la inexistencia de respuesta efectiva en la jurisdicción mejor posicionada, y para los casos y defensa de los bienes jurídicos protegidos”.*

Hay que tener en cuenta, además –aunque no se trate ni mucho menos de un aspecto decisivo a efectos del ejercicio de la jurisdicción universal- que, como afirma el Auto, el Gobierno ha aceptado expresamente la aplicabilidad de la sentencia de los tribunales cubanos.

*Asier Garrido Muñoz*

## **2. Genocidio. Tíbet.**

**Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 6), de 23 de noviembre de 2013.** Ponente: Excmo. Sr. D. Eloy Velasco Núñez

Nuevo e importante capítulo abierto en la causa del Tíbet que investiga el Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional. Después de que el Tribunal Supremo cerrara en octubre de 2011 la investigación del Juzgado Central de Instrucción número 1,<sup>3</sup> al considerar que los nuevos criterios de conexión introducidos por la Ley Orgánica 1/2009 impedían a la Audiencia Nacional conocer de las graves violaciones de derechos humanos cometidas por China, se han dictado sendos autos relacionados con la querrela presentada por el Comité de Apoyo al Tíbet en septiembre de 2010 por delitos de genocidio cometidos por China.

El primer auto, dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 2, con fecha de 10 de octubre de 2013, acepta extender la querrela al ya ex Presidente chino Hu Jintao. A diferencia del proceso cerrado por la Audiencia Nacional en octubre de 2011, en este asunto se conoce de hechos en los que uno de los querellantes tiene nacionalidad española (Thubten Wangchen Sherpa Sherpa, monje tibetano fundador y Presidente de la Fundación Casa del Tíbet de Barcelona).<sup>4</sup> El Auto estima el recurso de apelación presentado contra el auto del Juzgado Central de Instrucción num. 2, que adoptó la decisión contraria.

---

<sup>3</sup> Vid. ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público”, *REDI*, vol. LXIV (2012), 1, pp. 158-161.

<sup>4</sup> Los otros dos querellantes son el Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet, con sede en Barcelona.

En su razonamiento, la Audiencia Nacional

*“deduce la constancia internacional de la represión llevada a cabo por los dirigentes chinos contra la nación tibetana y su población a partir de 1998, hechos que, por lo demás, han dado lugar a una serie de resoluciones en el ámbito de la comunidad internacional adoptadas en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas cuando las autoridades chinas decidieron llevar a cabo una serie de acciones conjuntadas para eliminar la propia idiosincrasia y existencia del país tibetano imponiendo la Ley marcial, llevando a cabo desplazamientos forzosos, campañas masivas de esterilizaciones, torturas de los disidentes y traslados obligatorios de contingentes chinos para dominar y eliminar paulatinamente a la población autóctona del país tibetano”.*

En cuanto a la imputación de la responsabilidad, el Auto argumenta que

*“los informes [presentados por los querellantes] llegan a la conclusión, según los distintos periodos en que se ha llevado a cabo la represión contra el Tíbet de una parte que la responsabilidad y decisión de las políticas chinas en el Tíbet la tuvo el presidente chino, desde que asumiera el poder en el 2003 hasta fechas recientes, por ser la persona de mayor rango tanto en el partido como en el gobierno y, con anterioridad, en las fechas de la represión llevada a cabo en 1988 y siguientes porque era el Jefe del partido para la región del Tíbet”.*

Se subraya igualmente que el Auto se dicta “una vez finalizada su inmunidad diplomática”, y que la Audiencia Nacional es competente al poseer uno de los querellantes la nacionalidad española.

Por otro lado, el Auto de 23 de noviembre revoca la decisión previamente adoptada por el Juzgado Central de instrucción número 2, según el cual se acordaba no haber lugar a la expedición de órdenes de busca y captura contra varios antiguos altos dirigentes de la República Popular China, entre ellos Jiang Zemin, anterior Presidente y Secretario del Partido Comunista. Aduce el documento que

*“los querellantes sostienen que, desde que se incoaron las diligencias las testimoniales (sic) llevadas a cabo ya sea (sic) ante el propio juzgado o mediante las Comisiones Rogatorias libradas a Canadá, Bruselas y Suecia; las resoluciones de Naciones Unidas recaídas sobre el Tíbet (sic) aportadas a la causa y la pericial sobre la cadena de mando de las autoridades chinas en relación con los hechos sucedidos en Tíbet (sic), permiten llegar a la conclusión de la participación de los citados, según su respectiva responsabilidad, en los hechos relatados en la querrela”.<sup>5</sup>*

De ello se deduce que

*“racionalmente y, prima facie, se deduce la existencia de indicios en la participación en los hechos objeto de la querrela en las personas de los*

---

<sup>5</sup> AN, Auto de 18 de noviembre de 2013, FJ único.

*mencionados, habida cuenta de la responsabilidad política o militar de cada uno de ellos en el largo periodo a que se remontan los hechos objeto de investigación”.*

Se trata, a mi entender, de dos muy buenas noticias para el ejercicio de la jurisdicción universal en España por los crímenes cometidos por las autoridades chinas en el Tíbet.

*Asier Garrido Muñoz*

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

### **1. Derecho de defensa y derecho a ser oído**

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 157/2013 (Sala Segunda), de 23 de septiembre de 2013.** Ponente: D. Enrique López y López.

*F.: BOE*

La presente sentencia se enmarca dentro del diálogo judicial del TC con el TEDH, tras una serie de sentencias condenatorias a España<sup>6</sup> por la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 6.1 CEDH) por parte de los tribunales españoles al no garantizar la audiencia al acusado en apelación cuando en esta fase se condena al mismo. Dichas sentencias traen causa en el apartado 3 del artículo 790 LECrim, que establece un sistema tasado de las pruebas que pueden practicarse en apelación ante las Audiencias Provinciales<sup>7</sup>.

En el asunto que nos ocupa, los solicitantes de amparo habían sido absueltos del delito de estafa por doble venta por Sentencia de 2 de noviembre de 2010 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Cartagena. Sobre la base del relato de los hechos probados, en instancia no se aprecia la existencia de perjuicio ni de dolo de defraudar. Tras el recurso de apelación de la acusación particular, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia condena a los solicitantes de amparo, partiendo del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia, pero con una distinta inferencia por la que afirma la existencia de perjuicio y de dolo penal en los demandantes. Contra la misma, los solicitantes de amparo plantearon incidente de nulidad, que fue desestimado, considerando la Audiencia que la condena se basa en el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia pero en una interpretación jurídica distinta de la prueba.

Por ello, los ahora condenados recurrieron en amparo. Ante el TC alegaron la vulneración por la resolución impugnada del derecho a un proceso público con todas las

---

<sup>6</sup> TEDH, *Lacadena Calero c. España*, sentencia de 22 de noviembre de 2011, no 23002/07; TEDH, *Valbuena Redondo c. España*, sentencia de 13 de diciembre de 2011, no 21460/08; TEDH, *Serrano Contreras c. España*, sentencia de 20 de marzo de 2012, no 49183/08 ; TEDH, *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, sentencia de 27 de noviembre de 2012, no 5606/09 y 17516/09.

<sup>7</sup> *Vid.* GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: “La supuesta garantía de la inmediación en la segunda instancia penal española. Seis sentencias condenatorias del TEDH en menos tres años”, *RGDE*, vol. 27, 2012, p. 23.

garantías, del derecho a la defensa y a la contradicción, a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a la presunción de inocencia (arts. 24.2, 24.1 y 14 CE).

El TC desestima las alegaciones relativas a la vulneración de la tutela judicial efectiva (24.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) por carecer de desarrollo argumental, centrándose, por tanto en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y al derecho a la defensa. En lo relativo al primero de ellos, el TC concluyó que no hubo vulneración del mismo. Para ello, tuvo en cuenta el hecho de que el Tribunal de apelación efectuó una distinta valoración de la prueba respetando el relato de hechos probados de instancia, por lo que no se exigía garantía de inmediación. Sobre la presunción de inocencia, considera el TC que no se ha acreditado la ausencia de prueba de cargo.

En lo relativo al derecho a la defensa, el TC analiza el derecho a ser oído en los casos de revocación en apelación de una sentencia absolutoria en instancia. El TC expone en este sentido que la “exigencia de la garantía de audiencia depende de las características del proceso en su conjunto”<sup>8</sup>. El TC parte la STC 45/2011 y de la STEDH en *Constantinescu c. Rumanía*, para considerar que pese a que la ausencia de audiencia en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, el sistema de apelación, las cuestiones objeto de resolución, así como el alcance del proceso y la medida en la que los intereses del afectado hayan sido protegidos<sup>9</sup>. Sin embargo, posteriormente el TC recoge la STC 45/2011, de 11 de abril que sobre la base de la jurisprudencia reiterada del TEDH en *Constantinescu c. Rumanía*, *Hermi c. Italia*, *Ilescu y Chiforec c. Rumanía* e *Igual Coll c. España* constata que por motivos de equidad, cuando el Tribunal de apelación conoce de cuestiones de hecho y de derecho que conducen a declarar la culpabilidad o la inocencia del acusado, no puede resolver sin apreciar directamente el testimonio del mismo que sostiene que no ha cometido los hechos que se le imputan. En efecto, sostiene el TC que:

*“Tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él.”(FJ 6º)*

No obstante, el TC, sobre la base de la STEDH en el asunto *Bazo González c. España*<sup>10</sup>, absolutoria para España, indica posteriormente que:

*“Cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado” (FJ 6º)*

<sup>8</sup> STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3º.

<sup>9</sup> TEDH, *Constantinescu c. Rumanía*, sentencia de 27 de junio de 2000, no 28871/95, § 53.

<sup>10</sup> TEDH, *Bazo González c. España*, sentencia de 16 de diciembre de 2008, no 30643/04.

Sin embargo, según el TC, y en línea con la jurisprudencia del TEDH condenatoria a España en los asuntos *Lacadena Calero c. España*, *Valbuena Redondo c. España*, *Serrano Contreras c. España*, *Vilanova Goterris* y *Llop García c. España*, que el TC cita:

*“El enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, siendo por ello precisa la previa audiencia de los acusados” (FJ 6º)*

En este caso, aprecia el TC que la Audiencia Provincial incurre en la misma vulneración que aquellas por las que el TEDH condenaba a España en la jurisprudencia citada puesto que el Tribunal de apelación no se limitó a consideraciones meramente jurídicas, sino que su fallo alcanzaba a cuestiones fácticas como la existencia de dolo penal en los acusados. Dicho enjuiciamiento conlleva por tanto, según el TC, una vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), lo que le conduce a otorgar el amparo y a ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento procesal necesario para dar audiencia a los demandantes de amparo.

La magistrada Dña. Adela Asúa Batarrita, en un voto particular al que se adhiere D. Fernando Valdés Dal-Ré, critica la argumentación del TC en varios puntos esenciales. En lo que aquí nos ocupa, es relevante la crítica sobre la distinción entre el derecho a la defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías. En efecto, en la jurisprudencia previa del TC se comprendía el derecho a ser oído en segunda instancia como una manifestación concreta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Los magistrados consideran que la jurisprudencia del TC se ha alineado con la del TEDH en el sentido de que en sus pronunciamientos más recientes ha considerado el derecho a ser oído en segunda instancia como una concreción del derecho a un proceso con todas las garantías, y no del derecho a la defensa. Consideran los firmantes de este voto que dicha discrepancia con la jurisprudencia anterior contribuye a incrementar la inseguridad jurídica.

*Soledad Rodríguez Sánchez-Tabernero*

## **2. Imparcialidad de los tribunales**

**Auto del Tribunal Constitucional núm. 180/2013 (Pleno), de 17 de septiembre de 2013.**

*F: BOE*

El presente Auto trae causa en las solicitudes de recusación presentadas por el letrado del Parlamento de Cataluña contra el Presidente del TC, Francisco Pérez de los Cobos, con relación a una cuestión de constitucionalidad interpuesta por la Generalitat de Cataluña, así como con veinticinco recursos de inconstitucionalidad planteados, por un lado, por el Gobierno central o un grupo de diputados del Partido Popular contra diversas Leyes del Parlamento Catalán, y por otro, por la Generalitat de Cataluña contra normas adoptadas por el Estado.

Los recurrentes aducen que el presidente del TC había ostentado la condición de afiliado del Partido Popular desde 2008 hasta 2011, lo que podría incluirse dentro de las causas de recusación 9 y 10 del art. 219 LOPJ. Alegan en apoyo de sus pretensiones que, pese a que el TC no forma parte del poder judicial, sus procesos tienen carácter jurisdiccional, lo que requiere de la garantía de imparcialidad exigida en los arts. 24.2 CE y 6.1 CEDH. Así, consideran que, pese a que la afiliación a un partido no es *a priori* incompatible con la condición de Magistrado del TC, el presidente del TC podría estar sometido, en determinados casos concretos, a una doble obligación derivada de la garantía de imparcialidad (art. 22 LOTC) así como de la de contribuir a los fines del partido. Consideran pues como causas de recusación, por un lado, la amistad íntima por la especial naturaleza del vínculo personal entre los miembros del partido. Por otro lado, alegan enemistad manifiesta derivada de la publicación en un libro de su autoría de una serie de aforismos que reflejan desprecio hacia los ideales independentistas o hacia Cataluña en general. Finalmente, alegan un interés directo o indirecto derivado del compromiso con el PP.

El TC rechaza las acusaciones y no admite a trámite el recurso. Dicha decisión sorprende a primera vista, teniendo en cuenta la aceptación del recurso promovido por el PP contra Pablo Pérez Tremps con relación a la cuestión de inconstitucionalidad sobre el Estatuto de Cataluña<sup>11</sup>. En la fundamentación de su decisión, el TC afirma recoger su doctrina previa. Recuerda que dado su carácter jurisdiccional, son de aplicación al TC las causas de recusación y abstención establecidas para el poder judicial (FJ 2º)<sup>12</sup>. Afirma posteriormente que las dudas sobre su imparcialidad han de estar objetiva y legítimamente justificadas, no sirviendo simplemente el punto de vista del demandante (SSTEDH en *Castillo Algar c. España*<sup>13</sup> y *Pescador Valero c. España*<sup>14</sup>).

Añade el TC que:

*“En los procesos de control de constitucionalidad de leyes también cabe la recusación pues el art. 22 LOTC no hace salvedad alguna entre los distintos procesos constitucionales, pero la labor del Tribunal Constitucional consiste en un juicio abstracto sobre la constitucionalidad de la norma impugnada; no se dirimen conflictos entre partes que defiendan ante él derechos o intereses propios (intereses subjetivos) sino pretensiones encaminadas a la depuración objetiva del ordenamiento (interés objetivo).” (FJ 2º e)*

En este sentido, la diferenciación entre interés subjetivo e interés objetivo que realiza el TC no puede confundirse con las categorizaciones del TEDH en su jurisprudencia, que ha venido diferenciando entre el test objetivo y el test subjetivo<sup>15</sup>. Diferenciación, por

<sup>11</sup> ATC 26/2007, de 5 de febrero de 2007.

<sup>12</sup> En este punto, el TC recoge sus conclusiones en el ATC 26/2007, *cit. supra.*, FJ 2º.

<sup>13</sup> TEDH, *Castillo Algar c. España*, sentencia de 28 de octubre de 1998, no 28194/95.

<sup>14</sup> TEDH, *Pescador Valero c. España*, sentencia de 17 de junio de 2003, no 62435/00.

<sup>15</sup> *Vid.* con relación al test subjetivo, entre otras, TEDH, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Bélgica*, sentencia de 18 de octubre de 1982, no 6878/75 y 7238/75; TEDH, *Micallef c. Malta*, sentencia de 15 de octubre de 2009, no 17056/06; TEDH, *Buscemi c. Italia*, sentencia de 16 de septiembre de 1999,

otra parte, aparentemente ausente en este Auto. Lo que parecer hacer el TC con dicha afirmación es eliminar en un párrafo la importancia de los intereses de las partes en el control de constitucionalidad, lo cual, teniendo en cuenta los asuntos recientes y de gran repercusión mediática de los que ha conocido el TC por esta vía no parece, en nuestra opinión, ajustarse completamente a la realidad cuando el recurso de constitucionalidad se emplea cada vez más como instrumento político.

Continúa el TC, tras un examen del Derecho comparado, afirmando que la afiliación a un partido en sí misma no es causa de recusación, puesto que el art. 22 LOTC no equivale a un mandato de neutralidad general ni a una exigencia de aislamiento social y política imposible de cumplir. Reduce la relevancia constitucional con relación a la imparcialidad a la ocupación de cargos directivos. En apoyo de esta argumentación, sorprende la referencia a la STEDH *Pabla Ky c. Finlandia* para considerar que la afinidad ideológica no puede considerarse como tal una causa de recusación. Sorprende más aún esta referencia tras la explicación de los hechos por el TC. Efectivamente, en dicho asunto el TEDH no apreció una violación del art. 6.1 CEDH. Sin embargo, el supuesto fáctico difiere considerablemente del asunto que nos ocupa<sup>16</sup>.

Finalmente, el TC afirma que pese a que ha quedado acreditado que la pertenencia a un partido político no implica la , procede a analizar uno por uno cada hecho. Rechaza, de nuevo las alegaciones relativas a la colaboración con FAES y a los aforismos recogidos en su libro para, finalmente, considerar, por un lado, que las alusiones genéricas a la colaboración con FAES no pueden fundamentar una duda objetiva sobre la imparcialidad. Por otro, establecen que los recusantes únicamente han deducido de unos aforismos la animadversión del Sr. Pérez de los Cobos hacia Cataluña y hacia el independentismo catalán, lo cual, consideran, no ha quedado acreditado.

A la luz de la argumentación del TC, nos parece relevante recordar la STEDH en *Micallef c. Malta*<sup>17</sup> en la que el TEDH afirma que:

*“In this respect even appearances may be of a certain importance or, in other words, “justice must not only be done, it must also be seen to be done” (see De Cubber, cited above, § 26). What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw (see Castillo Algar v. Spain, 28 October 1998, Reports 1998-VIII, § 45)”*<sup>18</sup>.

---

no 29569/95; TEDH, *Golubović c. Croacia*, sentencia de 27 de noviembre de 2012, no 43947/10. □ Con relación al test objetivo pueden consultarse, igualmente, y sin ánimo de exhaustividad, TEDH, *Pescador Valero c. España*, cit. supra.; TEDH, *Wettstein c. Suiza*, sentencia de 21 de diciembre de 2000, no 33958/96; TEDH, *Pabla Ky c. Finlandia*, sentencia de 22 de junio de 2004, no 47221/99; TEDH, *Micallef c. Malta*, cit. supra.; TEDH, *Mežnarić c. Croacia*, sentencia de 15 de julio de 2005, no 71615/01.

<sup>16</sup> De ello se hacía también eco el diario *El País* en FABRA, M.: “El tribunal de Estrasburgo analizará la imparcialidad de Cobos”, *El País*, 25.09.2013 (disponible en [http://politica.elpais.com/politica/2013/09/25/actualidad/1380135600\\_741502.html?rel=rosEP](http://politica.elpais.com/politica/2013/09/25/actualidad/1380135600_741502.html?rel=rosEP)

(consultado por última vez 11.12.13)

<sup>17</sup> STEDH, *Micallef c. Malta*, cit. supra.

<sup>18</sup> *Ibid.*, § 98.

Dicho punto de vista es defendido D. Luis Ignacio Ortega Álvarez en un extenso voto particular defensor de la admisión a trámite de la recusación en el que cita el mismo fragmento de la STC 162/1999 extraído de la STEDH *De Cubber*. Aunque sin mencionar la jurisprudencia del TEDH, el Magistrado desarrolla un análisis pormenorizado del art. 8 LO 6/2002 así como de los estatutos del Partido Popular y considera que:

*“Desde la perspectiva de los mandatos de independencia e imparcialidad, tanto respecto de los Magistrados, como del propio Tribunal Constitucional, es muy razonable pensar que una composición de dicho Tribunal con miembros de los distintos partidos políticos, cada uno de ellos recibiendo instrucciones de sus respectivos partidos y actuando públicamente como miembros activos de los mismos, en ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones como afiliados, quiebra a mi juicio esta posición debida de independencia e imparcialidad. [...]*

*Por ello, aceptar la militancia política de los Magistrados del Tribunal Constitucional lleva, a mi juicio, a alterar profundamente la reconocibilidad de esta Institución como último árbitro en términos de interpretación jurídica de los conflictos derivados del pluralismo político y el pluralismo territorial con relación a los mandatos constitucionales.”*

Por otro lado, el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré emite otro voto particular en el que, sin citar en ningún punto la jurisprudencia del TEDH, afirma que pese a compartir con el Auto la consideración de que la militancia en un partido político no implica necesariamente la imparcialidad del Sr. Pérez de los Cobos, por exigencias de transparencia y de mantenimiento de la *auctoritas* del TC de cara a la ciudadanía, dichas consideraciones solo podrían haberse realizado correctamente si la recusación se hubiese admitido a trámite.

*Soledad Rodríguez Sánchez-Tabernero*

### **3. Tutela judicial efectiva en casos de supuestas torturas**

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 153/2013 (Sala Primera), de 9 de septiembre de 2013.** Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

*F.: BOE*

El celo con el que el TC ha tratado la protección del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con la prohibición de la tortura (art. 15 CE) tras la serie de condenas a España por el TEDH<sup>19</sup> ya ha recibido el interés de esta crónica en varias ocasiones<sup>20</sup>. En este caso, el recurso de amparo es presentado por D. Mikel Beunza Oroz como resultado de una serie de hechos que podrían ser constitutivos de delitos de

---

<sup>19</sup> TEDH, *Martínez Sala y otros c. España*, sentencia de 2 de noviembre de 2004, no 58438/00; y ss.

<sup>20</sup> *Vid.* GARRIDO MUÑOZ, A.; LASO PÉREZ, J.: “Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España (Julio-diciembre 2012)”, *REEI*, vol. 24, 2012, pp. 11 y ss; LASO PÉREZ, J.; GARRIDO MUÑOZ, A.; SANTOS VARA, J.: “Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España (2009-2010)”, *REEI*, vol. 21, 2011, pp. 36 y ss.

torturas y que supuestamente tuvieron lugar tras su detención en Pamplona, durante su traslado a Madrid, y en dependencias policiales en Madrid.

Posteriormente, tras haber sido reconocido por un médico forense en dependencias policiales en Madrid, el recurrente en amparo presenta denuncia ante el Juzgado de guardia de Pamplona. El Juzgado de Instrucción de Pamplona se inhibió a favor del Juzgado de Instrucción Decano de Madrid. Este último, en vista del informe del médico forense que establecía que no se apreciaban signos de violencia, y en contra del interés del Fiscal, acordó el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa y denegó las diligencias solicitadas tanto por el Fiscal como por el recurrente. Contra dicha resolución, el recurrente interpuso un recurso de apelación al que se adhirió el Ministerio Fiscal y que fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid.

En sede de amparo, el demandante sostuvo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en conexión con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). El Ministerio Fiscal solicita, igualmente, el amparo, al considerar que el derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con la prohibición de la tortura solo puede satisfacerse cuando la investigación llevada a cabo sea suficiente y efectiva.

El TC comienza su razonamiento citando la STC 131/2012 que ya fuera objeto de comentario en estas crónicas<sup>21</sup> y recuerda la exigencia de tutela judicial doblemente reforzada en vista de la inderogabilidad del derecho, cuyo respeto depende de dicha tutela judicial que ha de ser suficiente y efectiva (FJ 2º).

Posteriormente, el TC perfila el contenido del derecho proclamado en el art. 15 y la tutela judicial efectiva del mismo, para lo que recuerda su fundamentación en la STC 12/2013, de 28 de enero. Ello es particularmente reseñable para lo que aquí nos ocupa, puesto que el TC en dicho pronunciamiento incluye amplias referencias a los principales instrumentos internacionales que regulan la tortura (FJ 3º), poniendo especial énfasis en las obligaciones establecidas en el art. 12 de la Convención contra la tortura<sup>22</sup> y en el art. 9 de la Declaración sobre la protección contra la tortura<sup>23</sup> que establecen la obligación de investigación pronta y eficaz en caso de motivos razonables para creer que se han cometido actos de tortura.

El TC continúa en su definición realizando un recorrido sobre la vasta jurisprudencia del TEDH con relación a la obligación de una investigación eficaz (*Stanchev c. Bulgaria, San Argimiro Isasa c. España, Otamendi Egiguren c. España*) cuando una

---

<sup>21</sup> LASO PÉREZ, J.; GARRIDO MUÑOZ, A.; SANTOS VARA, J.: “Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España (2009-2010)”, *cit. supra*.

<sup>22</sup> Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984

<sup>23</sup> Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

persona afirma de forma creíble defendible haber sufrido un trato contrario al art. 3 CEDH, con un recorrido casuístico sobre las ocasiones en las que puede darse (FJ 3°).

Como ya apuntábamos en estas crónicas con relación a la STC 131/2012, distingue el TC igualmente entre las vertientes sustancial y procesal del art. 3 CEDH según lo ha reconocido el TEDH en su jurisprudencia. Así, en esta garantía constitucional reforzada, el TC considera que han de analizarse dos exigencias distintas: por un lado, “la existencia de sospechas razonables de torturas o tratos inhumanos o degradantes”. Por otro lado, es necesario que las sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas mediante una investigación eficaz, lo cual no puede considerarse cuando se proceda al archivo de las actuaciones. La tutela judicial solo podrá considerarse suficiente y efectiva en aquellos casos en los que se haya producido una investigación oficial donde parecía necesaria.

Al aplicar esta doctrina al presente caso y analizar el razonamiento del Juzgado de Instrucción el TC finalmente decide otorgar amparo al recurrente al considerar que:

*“Si los hechos denunciados tenían reflejo en las manifestaciones del detenido recogidas por el médico forense al practicar los reconocimientos médicos, y la razón en que se fundó el sobreseimiento provisional acordado en la resolución judicial frente a la que se demanda amparo fue que éstos, tal como se recogían en los informes forenses, no tenían la suficiente entidad como para ser constitutivos de delito, entonces el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, especialmente intenso al proyectarse sobre conductas que podrían poner en cuestión el respeto a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes contenida en el art. 15.1 CE (y que, además, eran de las que no dejarían vestigios), exigía del órgano judicial practicar las diligencias conducentes a despejar la contradicción entre lo denunciado ante el Juez de Instrucción y lo manifestado al médico forense al tiempo de la detención mediante, al menos en este concreto supuesto, la declaración personal del denunciante [...]”*  
(FJ 6°)

Se demuestra, una vez más, como ya apuntábamos con relación a la STC 131/2012, que la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) puede ser, en muchos casos, tan simple como la práctica de una diligencia que constata la ausencia de veracidad en los hechos objeto de denuncia<sup>24</sup>. No obstante, dichas diligencias son estrictamente necesarias para lograr una investigación suficiente y eficaz en línea con los requisitos impuestos por la jurisprudencia del TEDH y del TC.

*Soledad Rodríguez Sánchez-Tabernero*

---

<sup>24</sup> LASO PÉREZ, J.; GARRIDO MUÑOZ, A.; SANTOS VARA, J.: “Crónica sobre [...]”, *cit. supra.*, p. 12.

#### **4. Derecho a la intimidad**

**Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 170/2013 (Sala Primera), de 7 de octubre de 2013.** Ponente: D. Andrés Ollero Tassara.

*F.: BOE*

El presente asunto llega al TC por la vía del recurso de amparo como consecuencia del despido de un trabajador, calificado como procedente en instancia y en apelación, a causa del envío de correos electrónicos y SMS desde su cuenta de correo y su teléfono de la empresa con información confidencial de la misma. Dicha práctica estaba tipificada como infracción leve en el convenio colectivo aplicable. En consecuencia, el trabajador es despedido y el ahora recurrente presentó demanda por despido solicitando su declaración como despido improcedente alegando, entre otros puntos, la vulneración de derechos por la obtención de la prueba.

El Juzgado de lo social núm. 16 de Madrid desestimó la solicitud de nulidad de la prueba, pero estimó la demanda y declaró el despido improcedente por considerar la sanción desproporcionada. La empresa recurrió en suplicación. En sus alegaciones, el trabajador alegó la violación del art. 18.3 CE. El TSJ de Madrid estimó el recurso de suplicación de la empresa y declaró procedente. No obstante, aceptó las pruebas obtenidas del correo electrónico sobre la base de la doctrina del TS sentada en su STS de 26 de septiembre de 2007 sobre control empresarial del uso del ordenador por los trabajadores. No obstante, el TSJ consideró que la obtención de los SMS, al no estar regulada en el Convenio, sí vulneraba el derecho a la intimidad por lo que debían ser rechazadas. Frente a dicha sentencia, el trabajador interpuso un recurso de casación para la unificación de la doctrina aportando como sentencia contradictoria la STS de 26 de septiembre de 2007 de a Sala de lo Social. Dicho recurso fue inadmitido, en consecuencia de lo cual, el trabajador recurrió en amparo al TC.

En sus alegaciones en sede de amparo el recurrente aduce que no puede distinguirse entre los SMS y los correos electrónicos de forma que una mera inclusión en una disposición convencional pueda suponer la limitación de un derecho fundamental. Igualmente, cita en apoyo de sus pretensiones jurisprudencia previa como la STEDH en el asunto *Copland*<sup>25</sup>.

El TC deniega el amparo. Para ello, analiza esencialmente la delimitación de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE en el marco de las relaciones laborales. En primer lugar, el TC parte del principio de que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en los derechos fundamentales del trabajador (STC 88/1985, de 19 de julio), pero sí los modula (arts. 38 y 33 CE).

Procede entonces el TC a analizar si las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral pueden incluirse dentro del ámbito de aplicación del art. 18.3 CE que garantiza el secreto de las comunicaciones. Concluye el TC que en este caso, a la luz del contenido material del derecho, las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral en

---

<sup>25</sup> TEDH, *Copland c. Reino Unido*, sentencia de 2 de abril de 2007, no 62617/00.

las circunstancias en las que estos medios electrónicos han de utilizarse para fines de la empresa, no puede recibir la protección garantizada por el art. 18.3 CE, puesto que no podía existir “expectativa fundada y razonable de confidencialidad” .

Sin embargo, el TC analiza posteriormente el contenido del art. 18.1 CE que establece el derecho a la intimidad. En este caso, considera el TC, en línea con la jurisprudencia *Copland c. Reino Unido*, que los correos electrónicos en el ámbito laboral entran dentro del ámbito de aplicación del derecho a la intimidad dado que pueden contener datos sensibles que afecten a la vida privada. En sus precisiones con relación al contenido del derecho, el TC emplea el criterio de la existencia de expectativa razonable de privacidad o confidencialidad. Para ello, se refiere también a la jurisprudencia de Estrasburgo *P.G. y J.H. c. Reino Unido* y *Peck c. Reino Unido*.

Concluye el TC que pese a que el uso del correo electrónico en el ámbito laboral goza de la protección derivada del derecho a la intimidad, su vulneración debe apreciarse conforme a las circunstancias de cada caso. A la luz del asunto que nos ocupa, el TC aprecia que no podía existir expectativa razonable de confidencialidad a la luz de las disposiciones del Convenio colectivo. Ello difiere, en opinión del TC, de los supuestos fácticos en los asuntos *Halford c. Reino Unido* o *Copland c. Reino Unido*. En vista de lo cual, el TC aplica el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, habitual en su jurisprudencia (STC 96/2012, entre otras). Concluye por tanto el TC que:

*“Atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no pueda apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador. En consecuencia y como ya se ha indicado, una vez ponderados los derechos y bienes en conflicto en los términos vistos, este Tribunal considera que la conducta empresarial de fiscalización ha sido conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad.” (FJ 5º)*

*Soledad Rodríguez Sánchez-Tabernero*

##### **5. *Nullum crimen sine lege* y derecho a la libertad personal: legalidad de la “doctrina Parot”.**

**Auto del Pleno de la Audiencia Nacional núm. 61/2013 (Sala de lo Penal), de 22 de octubre de 2013.** Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Sáez Valcárcel

*F.: Cendoj*

**Auto del Pleno de la Audiencia Nacional núm. 62/2013 (Sala de lo Penal), de 25 de octubre de 2013.** Ponente: Excmo. Sr. D. José Ricardo Juan de Prada Solaesa

*F.: Cendoj*

**Acuerdo General de la Sala Segunda (Sala General) del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 2013.** Ponente: desconocido

F.: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

A juicio del que escribe estas líneas, no resulta sorprendente ni decepcionante que España fuera finalmente condenada en el asunto *Del Río Prada c. España*. A fin de cuentas, ambas decisiones, la de la Sala y la de la Gran Sala, han sido dictadas por amplias mayorías que reflejan la sensación generalizada que se tenía en círculos jurídicos respecto al destino final de la aplicación retroactiva de la doctrina Parot por los tribunales españoles. En cambio, sí que se puede utilizar el segundo adjetivo para calificar la irresponsable reacción de numerosas autoridades políticas respecto de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se “condena” con oportunismo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por una sentencia dictada en un asunto sensible, ignorando otras importantes sentencias de índole similar en las que España no ha sido condenada y ocultando la apelación clara realizada por el juez español para que se introduzca un mecanismo de ejecución de las sentencias del TEDH, deber que el legislador no ha ejercido todavía.

En todo caso, este no es el lugar para ofrecer un comentario exhaustivo de toda esta problemática, bien conocida por la opinión pública y por la comunidad científica. Esta crónica se limitara a tomar nota de los acontecimientos en la materia que se han estimado más recientes.

Comenzaremos por la sentencia del TEDH en el asunto *Del Río Prada c. España*. De ella destacamos su parte dispositiva: se condena a España por infracción de los artículos 7 y 5.1 CEDH y se ordena, por dieciséis votos a favor y uno en contra, que el Estado demandado “garantice” que la demandante sea puesta en libertad “en el más breve plazo”. En el plano económico, se impone, por diez votos a favor y siete en contra, que el Estado demandado pague a la demandante, en el plazo de tres meses, 30.000 euros. La sentencia no supone el fin de la doctrina Parot, sino sólo de su aplicación retroactiva a los hechos cometidos antes de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2003.

El 22 de octubre de 2013 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ordeno la puesta en libertad de Del Río Prada. Como no podía ser de otra manera, la sentencia toma nota de la decisión del TEDH y ofrece la siguiente argumentación para justificar la inmediata ejecución de esta, sin pasar por el “filtro” previo del Tribunal Supremo:

*“Ha de convenirse en el carácter vinculante de la sentencia, de obligado cumplimiento para nuestro Estado, que adquirió la obligación internacional de dar efectividad y ejecutar las sentencias del Tribunal al prestar su consentimiento al Convenio Europeo para la protección de los derechos civiles y las libertades fundamentales [citando aquí el artículo 46.1 del Convenio].*

*El Convenio Europeo integra nuestro ordenamiento, según el art. 96.1 de la Constitución (...) y las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (art.*

10.2 CE); el Tribunal Europeo es el órgano cualificado de interpretación del Convenio y sus decisiones son obligatorias y vinculantes para todo Estado parte. Los jueces y los tribunales están sometidos con exclusividad a la ley, única fuente de legitimidad de su actuación (...). Aquí, sujeción a la ley significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional.

*La resolución es clara y concluyente: incumbe al Estado asegurar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve, ya que se encuentra privada irregularmente de libertad desde el 3.7.2008. Misión que concierne en primer lugar a este tribunal (...)*

*Ha de advertirse que las decisiones que violaron el Convenio Europeo se dictaron en el proceso de ejecución de penas privativas de libertad, un proceso judicial por naturaleza dinámico y en evolución, que debe adaptarse en cuanto a la determinación de la fecha de licenciamiento y extinción de la responsabilidad criminal a las circunstancias del propio cumplimiento, especialmente cuando concurren beneficios penitenciarios como la redención de penas por el trabajo, cuyo computo provoca una modificación de los tiempos previamente contemplados.*

*Es más, si la jurisdicción no ejecutara de manera adecuada la sentencia, sería el Tribunal Constitucional el que tendría que reaccionar anulando la decisión contraria a derecho, y a los derechos humanos básicos del Convenio Europeo, para amparar a la interesada. Así lo ha previsto la jurisprudencia constitucional. Razonando sobre un caso diferente (...) estableció que aunque el Convenio no hubiera introducido una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales, ni obligase a dar efecto a las sentencia del TEDh mediante la anulación de la cosa juzgada y de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial nacional, el Estado es responsable de arbitrar los instrumentos jurídicos necesarios para el restablecimiento del derecho perturbado, ya que el Tribunal Europeo es una jurisdicción obligatoria, a la que nuestro Estado se ha sometido voluntariamente.*

*La doctrina constitucional sobre ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos se ha ido perfilando en posteriores pronunciamientos (...) La doctrina parte de la inexistencia en el derecho interno de un mecanismo procesal adecuado para la reapertura del procedimiento en el que se produjo la lesión del derecho fundamental, por falta de desarrollo legislativo. Lo que no puede impedir que el propio Tribunal Constitucional, en el ámbito de su espacio de control y siempre que los tribunales competentes no hubieran dado cumplimiento a la sentencia del Tribunal Europeo, proceda a rescindir las resoluciones judiciales, de manera excepcional, algo que acometerá cuando concurren los siguientes requisitos: a) el TEDh haya declarado violado un derecho del Convenio que sea correlativo a un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y susceptible de recurso de amparo, b) la vulneración se haya producido como consecuencia de una decisión en el orden jurisdiccional penal, c) los efectos de dicha violación pervivan en el tiempo y permanezcan actuales en el momento de solicitarse la ejecución del fallo de la sentencia del Tribunal Europeo, y d) que se encuentre afectada la libertad del individuo.*

*(...) sin necesidad de provocar un recurso de amparo, este tribunal ha de dar leal cumplimiento a la sentencia que nos ocupa, revisando las decisiones que mantienen la situación de prisión de la condenada”.*

Se han dictado varios autos relativos a la puesta en libertad de reclusos cumpliendo penas en virtud de la aplicación retroactiva de la Doctrina Parot. Destacamos aquí el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2013, que se adentra ciertamente en una argumentación incluso más “europeísta”, debido a que es la primera que debe justificar la aplicación de la sentencia *Del Rio Prada* (que recordemos, no es como tal una sentencia piloto) fuera del contexto de aquel asunto. Se afirmó lo siguiente:

*“El antiguo debate sobre el valor meramente declarativo de las sentencias del TEdh no sólo ha quedado superado por la jurisprudencia del mismo Tribunal, sino que el propio texto del Convenio, tras su reforma por el Protocolo XIV, que en la actualidad no deja margen de duda respecto de la obligación de los Estados de acatar (Art. 46.1 del CEdh) y por ello de ejecutar las resoluciones del Tribunal y más (sic) cuando estas se concretan en una obligación de hacer o actuar de una determinada manera.*

*La polémica o el debate podrá en este momento referirse a la forma de interpretar o llevarse a cabo la ejecución de determinada clase de pronunciamientos, como por ejemplo aquellos que pongan en evidencia la incompatibilidad de una norma nacional con el texto del Convenio, pero no respecto de otros en los que se constata la existencia de una situación de privación de libertad irregular, con violación del derecho a la libertad, dejando lógicamente en manos de los Estados el cese de la situación, lo que requerirá como forma de ejecución inmediata la puesta en libertad de la persona afectada.*

*Otro tema diferente, de índole interna de los Estados, es el referido a los mecanismos para llevar a cabo la ejecución de las Sentencias. Compete a los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones convencionales, establecer los correspondientes mecanismos internos, para lo que tienen un gran margen de apreciación. La falta de sistemas o mecanismos expresos no implica que la obligación internacional e interna decaiga por inejecutabilidad de la sentencia, ya que la efectividad de las Sentencias no es algo que pueda quedar al albur de los Estados. Por otra parte, la obligación de cumplir y ejecutar la Sentencia definitiva (sic) del Tribunal por parte de los Estados afecta y compete por igual a todos los poderes del Estado. Dependiendo de la clase de sentencia de que se trate, podrá verse involucrado en su ejecución el poder judicial, a través de los juzgados y tribunales, quienes respecto de pronunciamientos que tengan que ver con su ámbito de actuación deberán poner los medios e interpretar las normas internas de acuerdo a las obligaciones internacionales que vinculan al Estado, siempre con la vista puesta en la mayor efectividad y vigencia de las Sentencias del Tribunal. Precisamente, el art. 46 reformado del TEdh, además de establecer la obligación general de acatar las sentencias por parte de los Estados, establece un mecanismo para la supervisión por parte del Comité de Ministros de la ejecución, con posibilidades de acudir al propio Tribunal para que se pronuncie en ciertos casos*

*sobre el grado de cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones de cumplimiento de las Sentencias”.*<sup>26</sup>

Por último, en sede de extensión de los efectos de la sentencia a otros penados en la misma situación, afirma la Audiencia Nacional, en un pasaje que merece ser transcrito en su integridad, que

*“los pronunciamientos que realiza el TEDh claramente trascienden a la demandante y son de aplicación general a todos los casos en que se den situaciones semejantes y así se expresa en determinados pasajes de la sentencia (...)*

*Pero es más, el Tribunal Europeo, como órgano del Convenio encargado, no sólo de la resolución de las situaciones concretas sino también de su interpretación, ha fijado en esta Sentencia un criterio al que debe reconocérsele el valor de “cosa interpretada”, vinculante para todos los Estados. Por tanto, este pronunciamiento, además de por las obligaciones convencionales asumidas por España con la ratificación del Convenio, lo que implica el sometimiento a las decisiones y jurisprudencia del TEDh, ha de ser necesariamente tenido en cuenta por este tribunal a la hora de resolver la situación que ahora se le plantea, también porque así lo ordena nuestro propio texto constitucional, cuando en su art. 10.2 establece que la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales, y a las libertades que la Constitución reconoce se hará de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

*Sin duda alguna, en este momento la jurisprudencia del TEDh marca el canon o estándar internacional en el reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales en Europa, con proyección a otros continentes, y constituye además el fiel de la balanza que sirve de referencia para calibrar la calidad del “Estado de Derecho” de sus países miembros. La aceptación y vinculación de todos los Estados del Consejo de Europa a su jurisprudencia, y no sólo de los directamente afectados por sus resoluciones, no sirve únicamente para la homogenización del derecho europeo que compartimos, sino que especialmente constituye una de nuestras señas de identidad cultural y de civilización común europea. Separarse de ella no sólo implica una infracción de obligaciones jurídicas internacionales, también distanciarse de Europa y del sentido de su civilización”.*<sup>27</sup>

Es precisamente por la importancia del caso, así como por el escaso margen de discrecionalidad que la sentencia ofrece al Estado (se debe liberar a la persona en prisión),<sup>28</sup> que se evidencia el especial celo seguido por la Audiencia Nacional a la hora de aplicar la jurisprudencia *Del Río Prada c. España* a otros casos por la vía del artículo 10.2 de la Constitución. La actuación de Audiencia Nacional merece en este punto ser alabada. No compartimos, por ello, la opinión que subyace al Voto particular concurrente del Magistrado Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián adjunto al auto, que pone

<sup>26</sup> Auto de la Audiencia Nacional, 25 de octubre de 2013, FJ núm. 4.

<sup>27</sup> *Ibid*, FJ núm. 5.

<sup>28</sup> Nótese en todo caso que el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha aplaudido el destino de la indemnización concedida por España a Inés del Río Prada para el pago de la responsabilidad civil hacia las víctimas (Reunión 1186, de 5 de diciembre de 2013. *Vid.* los documentos [DH-DD\(2013\)1248](#); [DH-DD\(2013\)1176](#)).

especial énfasis en la posibilidad de “interpretar” la sentencia del TEDH, en su carácter “discutible” (que a juicio del Magistrado queda evidenciado en los votos particulares), y en el hecho de que “los tribunales de cada país están en mejor posición que el propio TEDH para interpretar y aplicar el derecho nacional”.

La siguiente parada de este asunto es el Acuerdo de la Sala General (Sala de lo Penal) del Tribunal Supremo, adoptado el 12 de noviembre de 2013. Con el fin de unificar la doctrina a aplicar respecto de los reclusos afectados por la doctrina Parot, el Alto Tribunal ha acordado lo siguiente (con referencia expresa a la sentencia *Del Río Prada c. España*):

*“1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala nº 197/2006, de 28 de febrero.*

*2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.*

*3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH”.*

*Asier Garrido Muñoz*

## **VII. ASILO Y EXTRADICIÓN**

### **1. Revocación del estatuto de refugiado: peligro para la seguridad nacional. Libertad de expresión.**

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) num. 70/2013.** Ponente: Excm. Sra. Dña. María de la Esperanza Córdoba Castroverde

La interesante decisión de la Audiencia Nacional que procedemos a comentar nos remite al controvertido debate sobre los límites a la libertad de expresión en relación con los llamados comúnmente “discursos del odio”, formas de expresión extrema de una opinión que se dirigen contra un determinado grupo social, económico, étnico, racial, religioso, etc. No existe una definición universalmente admitida de “discurso del odio”.

El origen del asunto se puede situar en la resolución del Ministerio del Interior de 21 de diciembre de 2012 que decidió revocar el estatuto de refugiado reconocido en diciembre de 2006 a un ciudadano de origen pakistaní, bajo cobertura legal del artículo 44.1.c) de la Ley de Asilo, en relación con el artículo 33.2, inciso primero, de la Convención de Ginebra. El texto de ambas disposiciones afirma lo siguiente:

*Artículo 44 Revocación*

*1. Procederá la revocación del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria cuando:*

*a) concorra alguno de los supuestos de exclusión previstos en los artículos 8, 9, 11 y 12 de esta Ley;*

*b) la persona beneficiaria haya tergiversado u omitido hechos, incluido el uso de documentos falsos, que fueron decisivos para la concesión del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria;*

*c) la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad.*

*Artículo 33.2 Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)*

*(...)*

*2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.*

A lo largo de la segunda mitad del 2012, el recurrente había publicado en su página de internet una serie de artículos muy críticos con la religión islámica. Posteriormente, anuncio su intención de realizar otra dedicada a lo que el calificaba como la auténtica vida del profeta Mahoma. Con el fin de darle publicidad, numerosas notificaciones fueron enviadas a embajadas españolas y varios anuncios fueron realizados en diversos sitios web. Uno de los motivos de la controversia se refería al hecho de que la película contaba con la colaboración de un pastor luterano, protagonista de un conocido episodio de quema del Corán en marzo de 2011 en Estados Unidos.

Diferentes fuentes del Ministerio del Interior y de Asuntos Exteriores mostraron pronto su preocupación por las posibles consecuencias que la difusión del video podría tener sobre el mundo musulmán. En consecuencia, la Oficina de Asilo y Refugio incoó un procedimiento administrativo sancionador para la revocación del estatuto de refugiado porque “la persona beneficiaria constituye, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España”. La decisión se consumó el 21 de diciembre de 2012.

Ante la Audiencia Nacional, el recurrente argumentó que sólo las cláusulas contempladas en el artículo 1 F) de la Convención de Ginebra (y no otros motivos relacionados con la seguridad nacional) podían dar lugar a la revocación del estatuto de refugiado. La Audiencia Nacional no aceptó esta tesis. Tras exponer el marco normativo aplicable al caso (conformado por los citados artículos 44.1.c) de la Ley 12/2009 y el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra), y luego de explicar algunas diferencias

entre la actual Ley de asilo y la anterior Ley 5/1984, dedujo que “cabe colegir que el derecho de asilo puede ser revocado en los términos previstos en la Ley de Asilo y las normas internacionales, siempre que concurren los presupuestos legales para ello”.<sup>29</sup> Incluso se refirió a varios pasajes de una Sentencia del Tribunal Supremo de octubre de 2008, en la que se afirmó que

*No está de más señalar que tanto los supuestos de exclusión, como las causas del artículo 33.2 de la Convención, constituyen causas de denegación del derecho de asilo, ex artículo 3.2 de la Ley de Asilo. Esta asimilación entre las causas de denegación y revocación resulta lógica y responde a la finalidad de la norma legal, pues no podría entenderse que determinadas circunstancias fueran impedimento para la concesión del derecho de asilo, y sin embargo, el derecho concedido fuera inmune a hechos posteriores de idéntica naturaleza (...).*<sup>30</sup>

Aplicada esta cuestión al caso de autos, la Audiencia Nacional entendió que se daban las circunstancias requeridas por el artículo 3.2 de la Ley de Asilo para revocar el estatuto de refugiado al recurrente. En este sentido, tuvo en cuenta los términos de la sentencia del Tribunal Supremo recién citada, de acuerdo con la cual,

*La peligrosidad se vincula, en causa de revocación aplicada ex artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, con la seguridad del país donde se encuentre el refugiado, de modo que no se trata de la concurrencia de un riesgo potencial y abstracto, sino de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo al que se revoca esa concesión inicial.*

Se cita asimismo abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que incluye numerosas referencias a la posibilidad de limitar derechos fundamentales reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello es así en la medida en que dicha jurisprudencia reconoce que

*La seguridad puede verse efectivamente comprometida, y en riesgo, por las acciones de personas, ya sea en el trance de solicitar el derecho de asilo, como en el de su revocación, valoradas en atención a su trayectoria vital, la secuencia de las actividades dentro y fuera de nuestras fronteras (...) que revelen una peligrosidad incompatible con la confianza y certeza que ha de proporcionar un Estado democrático con sus ciudadanos.*<sup>31</sup>

La sentencia de la Audiencia Nacional reviste un elevado interés desde varios puntos de vista.

En primer lugar, reconoce ciertas lagunas normativas en el régimen jurídico de la revocación del estatuto de refugiado que merecen comentario. En efecto, se explica que la antigua Ley de Asilo española no contenía una regulación de los supuestos de revocación del estatuto de refugiado, y que esta cuestión ha quedado mejor regulada por el artículo 44

---

<sup>29</sup> FJ núm. 3.

<sup>30</sup> STS, de 1 de octubre de 2008, núm. 66/2006, FJ 5.

<sup>31</sup> *Ibid*, FJ 5.

de la Ley 12/2009. A decir verdad, ni siquiera la Convención de Ginebra preveía esta circunstancia, pues los artículos 1 F) y 33.2 sólo se refieren, respectivamente, a la no concesión del estatuto de refugiado y “a la no invocación de los beneficios de la presente convención”, respectivamente. En otras palabras, no hay regulación expresa de la institución jurídica de la “revocación”. Nótese, en este sentido, que la revocación *a posteriori* del beneficio de refugiado por incurrir en las causas del artículo 1 F) de la Convención de Ginebra sólo se deduce por implicación, y no por determinación expresa de esta. Y a la inversa, la retirada de “los beneficios de la presente disposición” del artículo 33.2 de la Convención no puede significar la retirada del reconocimiento del estatuto de refugiado, sino única y exclusivamente del *non refoulement*.

¿Hemos de interpretar, pues, como podría deducirse de la sentencia de la Audiencia Nacional, que el legislador español dio un salto cualitativo en materia de regulación de la revocación del estatuto de refugiado? No, por el siguiente motivo: la sentencia de la Audiencia Nacional omite un eslabón en esta cadena normativa, que viene dado por el Derecho de la UE, y más concretamente con la actual Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.<sup>32</sup> Y es que su artículo 14 acoge, con técnica enrevesada, las causas de revocación de dicho estatus, entre las que se encuentran las recogidas en los artículos 1 F) y 33.2 del Convenio. Aún más, en virtud del artículo 14.5, los Estados miembros podrán revocar el estatuto ya concedido o negarse a renovarlo en caso de que existan “motivos razonables” para considerar a dicha persona un peligro para la seguridad del Estado; o por el hecho de haber sido condenada en sentencia firme “por un delito de especial gravedad” que le constituya en un “peligro para la comunidad de dicho estado miembro”. Esta criticada cláusula, que aparecía en los mismos términos en la refundida Directiva 2004/83/CE, implicó la introducción de una causa de exclusión del estatuto de refugiado por la puerta trasera de la revocación del estatuto de refugiado.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> *DOUE L 337/9*, de 20.12.2011. Deroga a la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (*DOUE L 304/12*, de 30.9.2004).

<sup>33</sup> Comentarios críticos al respecto en ACNUR: *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted*, January 2005, p. 30; EUROPEAN COUNCIL OF REFUGEES AND EXILES (ECRE): *Position on exclusion from refugee status*, March 2004, PP1/03/2004/Ext/CA, §§ 10 et 64, disponible en *IJRL*, Vol. 16, n° 2, pp. 257 et ss, position reiterada en *Information Note on the Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004*, IN1/10/2004/ext/CN, octubre de 2004, p. 11; ECRE: *The impact of the EU qualification Directive on International Protection*, October 2008, disponible en [http://www.ecre.org/files/ECRE\\_QD\\_study\\_full.pdf](http://www.ecre.org/files/ECRE_QD_study_full.pdf), visitado por última vez el 30 de marzo de 2011. El Comité de Ministros de Consejo de Europa también ha recomendado hacer un « scrupulous and appropriate application of the exclusion clauses » (Rec. 2005(6), 23 March 2005, preámbulo). En el plano doctrinal, *vide* por ejemplo BATTJES, H.: « The Common European asylum system », en CHÉTAIL, V.; FLAUSS, J-F. (Eds.): *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés: 50 ans après – bilan et perspectives*, Publication de l’Institut International pour les Droits de l’Homme et du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, 2001, pgs. 60-61 ;

En segundo lugar, habría sido interesante, aunque no estrictamente necesario si atendemos a argumentos de economía procesal, haberse referido a la normativa internacional aplicable a los “discursos del odio”, en tanto en cuanto esta acoge dicha causa como limitación a la libertad de expresión, que justifica por ende la imposición de medidas sancionadoras a los individuos que incurren en este tipo de conducta.

Así, por un lado, el artículo 20.2 del PIDCP afirma expresamente que “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Normalmente, sin embargo, el Comité de Derechos Humanos suele analizar estas conductas desde la perspectiva de las restricciones a la libertad de expresión *ex* artículo 19.3 PIDCP.<sup>34</sup> Y por otro lado, la jurisprudencia del TEDH en la materia ha considerado igualmente estos discursos bajo el amparo, según las circunstancias, del artículo 17 (prohibición del abuso de derecho) o del artículo 10 CEDH (libertad de expresión). Destaca en este sentido la STEDH en el asunto *Norwood c. Reino Unido*, en la que el Tribunal consideró inadmisibile la demanda interpuesta por un individuo condenado por pertenecer a una organización responsable de distribuir propaganda anti islámica, al entender que no era contrario al artículo 10 CEDH la punición de conductas “vehementes” de ataque propagandístico contra un grupo religioso.<sup>35</sup>

Asier Garrido Muñoz

---

GIL-BAZO, M. T. : « Refugee status, subsidiary protection... », *op. cit.*, pp. 20 et ss., MCADAM, J.: « The European Union qualification directive. The creation of a subsidiary protection regime », *IJRL*, Vol. 17, nº 3, 2005, p. 495 ; CHÉTAIL, V. : « Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international », en CHÉTAIL, V. ; FLAUSS, J. F. : *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 13-14 ; LAMBART, H.: “The EU asylum Qualification Directive, its impact on the jurisprudence of the United Kingdom and International Law”, *ICLQ*, Vol. 55, January 2006, p. 178.

<sup>33</sup> Claro que, como matiz importante, el artículo 14(6) salvaguarda varios derechos de los afectados por la operación conjunta de los párrafos 4 y 5 de la “Directiva Cualificación”, entre ellos, el *non refoulement*. El respeto de estos derechos a motiva A GOODWIN-GILL y MCADAM a afirmar « it is tempting to surmise that nothing happens », dado que abarcan, aparte de la garantía contra la devolución, la no discriminación, la libertad de religión, el acceso a los tribunales, la educación pública... La situación jurídica es realmente confusa (GOODWIN-GILL, G. ; MCADAM, J. : *The refugee...*, *op. cit.*, pg. 191). En un espectro contrario, TEITGEN-COLLY opina que “one may wonder how real the preserved rights are since, once the application for refugee status is dismissed, the foreign nationals in question will in principle be expelled. It is therefore only in case their expulsion is impossible, in particular for reasons relating to respect of the European Convention on Human Rights, especially Articles 3 and 8 thereof, that this provision can be relevant”. (*Cfr.* TEITGEN-COLLY, C. : « The European Union and asylum : an illusion of protection », *CMLRev*, Nº 43, 2006, p. 1556 et ss.) Este problema del art. 14(6) no se plantea en sede de protección subsidiaria, dado que el art. 19 DC evidencia que los Estados se han sentido más libres para revocar este estatus sin ofrecer garantías mínimas. Por ello, el influyente centro *European Council on Refugees and Exiles* lamentó en su momento la ausencia de garantías en este art. 19 DC (ECRE : *Information note on the Council Directive...*, *doc. cit.*, p. 13). Para un análisis más general de la relación entre la protección subsidiaria y la protección de las garantías del individuo, *vide* PIOTROWICZ, R. ; EECK, C. VAN : « Subsidiary protection and primary rights », *ICLQ*, Vol. 53, January 2004, pp. 107-138.

<sup>34</sup> WELZEL, N.: « Opinion and expression, freedom of, international protection », *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, par. 29, disponible en <http://opil.ouplaw.com> bajo suscripción.

<sup>35</sup> TEDH, *Norwood c. Reino Unido*, decisión de inadmisibilidad de 16 de noviembre, núm. 23131/03.

## VI. RELACIONES DIPLOMÁTICAS

### 1. Relaciones diplomáticas. Despido de una empleada de la embajada de Grecia. Despido improcedente

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) núm. 739/2013.** Ponente: Ilma. Sra. Alicia Catalá Pellón. *STSJ MAD 13054/2013*

*F: Cendoj*

Más allá del supuesto de hecho concreto –que es en gran parte “clásico” –, el caso que presentamos a continuación reviste cierto interés debido a algunas afirmaciones vertidas por el Tribunal Superior de Justicia en respuesta a ciertas particularidades del caso.

La recurrente, de nacionalidad española, había venido trabajando de telefonista, a jornada completa, para la Embajada de Grecia. En enero de 2012 se le comunicó a la actora, por carta fechada el 14 de diciembre de 2011 que, ante la situación de crisis financiera en el país heleno, no iba a prorrogarse el contrato de trabajo como se había venido realizando desde el 2003, cuando ocupara por primera vez su puesto en la Embajada.

Se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 37 de Madrid que estimo el recurso. La condena obligo al Estado a optar entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, o bien a indemnizarle, con la obligación de abonarle los salarios de tramitación desde el despacho hasta la notificación de la sentencia.

Pues bien, el recurso planteado ante el TSJM contra esta resolución del Juzgado de lo Social no cuestionó la jurisdicción de los órganos nacionales para conocer de una relación contractual como la habida entre el Estado griego y la ciudadana española. Evidentemente, dicha situación se encontraría siempre cubierta por el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades del Estado y de sus bienes.

*Asier Garrido Muñoz*