

# CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA (JULIO-DICIEMBRE DE 2012)

Coordinador: Asier Garrido Muñoz<sup>1</sup>

Redactores: Asier Garrido Muñoz y Javier Laso Pérez<sup>2</sup>

*Sumario:* I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO DE LOS TRATADOS. III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ. IV. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2 CE. V. ASILO Y APATRIDIA. VI. INMUNIDADES

## I. INTRODUCCIÓN

La presente Crónica abarca el período que se inicia a finales del mes de junio de este año, y que termina en las primeras semanas de diciembre, hasta la presentación de este número de la *Revista Electrónica*. La actividad judicial en materia de aplicación del Derecho internacional público en España, si bien no ha sido especialmente *extensa*, sí que podría ser calificada de *intensa*, al haber acumulado algunas decisiones de particular relevancia. En general, los órganos judiciales españoles han hecho gala de un acertado manejo de las fuentes jurídicas iusinternacionales, si bien en algún caso concreto, como veremos, se echa en falta la referencia a algún tratado internacional concreto. Otros asuntos han implicado la valoración, al mismo tiempo, de fuentes de Derecho internacional y de Derecho de la Unión Europea, siendo invocadas ambas por los particulares de manera contrapuesta, es decir, presentado a las primeras como incompatibles con las segundas. Por motivos obvios, merecen ser expuestas aquí.

En materia de Derecho de los Tratados, destacan sin duda las sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 26 de octubre de 2012, en las que los demandantes plantearon el conflicto entre órdenes jurídicos al que acabamos de hacer referencia. El Supremo evita el art. 30 del Convenio de Viena de 1969 en toda circunstancia, interpretando en ambos casos –planteados en supuestos de hecho y de derecho muy distintos– que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ya ha resuelto el problema. Sea como fuere, como veremos, la aplicación automática de esta última al contexto del asunto concreto siempre resulta completamente satisfactoria, pues la sentencia de 24 de

---

<sup>1</sup> Profesor Ayudante, 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*.

<sup>2</sup> Profesor Titular, Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Universidad de Salamanca).

octubre de 2012 plantea algún interrogante que entendemos la sumaria argumentación del Tribunal Supremo no aborda satisfactoriamente.

Por otro lado, la sentencia de la Sala de lo Civil del TS, de 11 de junio, realiza un ajustado balance entre la libertad de expresión y los derechos del menor en el que cobrarán particularmente los Convenios internacionales relacionados con este último, de tal forma que los textos jurídicos internacionales en materia de derechos del niño son priorizados sobre otras fuentes, constitucionales o internacionales, que protegen un derecho de tanta relevancia en una sociedad democrática como la libertad de expresión.

El siguiente apartado de esta crónica es dedicado a la aplicación por los tribunales españoles de la jurisdicción universal. Entendemos que no hay grandes novedades *jurídicas* en este punto. Haremos referencia, no obstante, a dos Autos de la Audiencia Nacional relacionados con crímenes internacionales cometidos en Argelia y Chile, respectivamente. Mientras que en ambos se denuncian asesinatos, torturas y desapariciones forzadas, en el primero, además, los demandantes incluyen una acusación de genocidio contra la población saharauí refugiada en los campos de Tindouf. En todo caso, desde el punto de vista jurídico, resultará interesante apreciar cómo, en el caso de Chile, el Magistrado Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 evoca la argumentación de un Voto particular discrepante a una sentencia anterior del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, con el fin de justificar que no se han llevado a cabo persecuciones judiciales efectivas de los hechos. De esta manera, se evidencia así una cierta división de pareceres en el seno de la Audiencia Nacional con respecto a este requisito contenido en el art. 23.4 LOPJ.

En materia de derechos humanos (aplicación del art. 10.2 CE), sucede lo habitual: que las sentencias del TS o del TC que aplican decisiones del TEDH para interpretar los derechos y garantías constitucionales son relativamente numerosas. Ello es así en ámbitos como el derecho al matrimonio homosexual, derechos de las personas discapacitadas en relación con sus internamientos en centros psiquiátricos, tutela judicial efectiva frente a alegaciones de torturas, derecho a la creación de partidos políticos o la aplicación de la conocida como “doctrina Parot” en materia de cómputo de penas. Además, una sentencia del TC en particular, la 198/2012 (relativa a la constitucionalidad de los matrimonios homosexuales), será objeto un comentario más exhaustivo al contener una rica discusión sobre la interpretación de los efectos del art. 10.2 CE.

Obviamente, no siempre la relación entre los órganos judiciales españoles y el europeo resulta pacífica pues, como se expondrá, el TC se muestra particularmente crítico en la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de doble instancia penal, acusando a éste de querer extender a todos los países del Convenio conceptos propios del *commonlaw*. Además, la legalidad de la “doctrina Parot” (avalada por TS y TC) pende de la decisión de la Gran Sala del TEDH desde la sentencia condenatoria contra España en *Del Río Prada c. España*.

Añadiremos a esta crónica una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre inmunidades que, cierto es, plantea pocos comentarios, al referirse a una problemática tan agotada judicialmente como la del embargo de las cuentas corrientes de las Embajadas como medida de ejecución de sentencias sobre despido de empleados de éstas. Y en fin, en materia de asilo, se abordará el comentario de una serie de decisiones en las que la problemática de fondo es, o bien la valoración de los elementos de prueba, o bien las condiciones requeridas para la concesión de la protección subsidiaria.

## **II. DERECHO DE LOS TRATADOS**

### **1. Conflictos entre tratados internacionales suscritos por la Unión Europea y tratados suscritos por España. Costumbre internacional**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de octubre de 2012.**

Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate. *STS 7249/2012*

*F.: Cendoj*

Con importantes matices, pero podría describirse la presente sentencia como un *bis* del contencioso ante los tribunales británicos que dio lugar a la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto *Air Transport Association of America y otros*, relativo a la conformidad de la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>3</sup>.

Y es que, en efecto, al igual que en aquél, los recurrentes intentaban cuestionar aquí el régimen de emisión de gases instaurado por la normativa europea respecto de ciertas obligaciones internacionales en materia de navegación aérea, como el Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944 (“Convenio de Chicago”) o el Protocolo de Kyoto, sobre los que entendemos sobran las presentaciones. Más concretamente, se cuestionaba que la aplicación extraterritorial del régimen comercial de derechos de emisión diseñado por la normativa europea violaba los artículos 1,2, 11, 15 y 24 de la primera Convención, dificultando la navegación aérea entre los Estados partes en el Convenio de Chicago y proyectando la soberanía de los Estados más allá de lo permitido por éste; entre otros espacios territoriales, el alta mar.

Añádase igualmente a su planteamiento una violación del art. 2.2 del Protocolo de Kyoto, al entenderse que las medidas en el sector del transporte aéreo deben implementarse de conformidad con todas las partes involucradas, como resultado de un proceso multilateral, insistiendo en que ni la UE ni España han trabajado en este tema, como debían, por el conducto de la OACI (y ello, incluso a pesar de que los Estados de

---

<sup>3</sup>*DOUE* 2009, L 8, p. 3.

la UE habían formulado reservas a una relevante Resolución de la OACI en la materia, contraria a los intereses de la UE<sup>4</sup>). Incorpórese por último la invocación de los arts. 4.3, 4.5 y 4.7 del Convenio Marco de Naciones Unidas contra el Cambio Climático, relativos a la necesidad de proteger los intereses de los países en desarrollo en la lucha contra el Cambio Climático, y ya tendremos fijados los términos principales del recurso contencioso-administrativo planteada ante el Alto Tribunal español.

Reside en el caso, sin embargo, una diferencia técnica esencial respecto del planteado en sede europea: los recurrentes, tres aerolíneas iberoamericanas, no habían impugnado directamente la normativa europea, sino el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión a los operadores aéreos atribuidos a España, en el marco del régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, hasta el año 2020. No era otra la opción posible si tenemos en cuenta dos argumentos. Primero, el Tribunal de Justicia, mediante sentencia de 21 de diciembre de 2011<sup>5</sup>, había llegado (entre otras) a la conclusión de que la validez de la Directiva 2008/101/CE no se veía afectada por una serie de principios de derecho internacional consuetudinario (soberanía plena y exclusiva sobre el espacio aéreo, principio de no apropiación del alta mar, libertad de sobrevuelo del alta mar) y ciertos artículos del Acuerdo de transporte aéreo firmado por la CE y sus estados miembros con los EE.UU. El resto de disposiciones invocadas en aquél caso (Convenio de Chicago y Protocolo de Kyoto), ni siquiera se estimaron invocables por las partes, bien porque la UE ni era parte ni había sucedido a los Estados miembros en el seno del texto relevante, bien porque el TJUE estimó que las disposiciones invocadas no gozaban de efecto directo. Y segundo, y más importante aún, porque el Tribunal Supremo no es competente para cuestionar la validez de una Directiva europea.

Son múltiples las cuestiones jurídicas suscitadas por esta interesante decisión, cuya solución final ofreció un alto grado de respeto hacia la sentencia del TJUE. Una parte de éstas aborda elementos de Derecho constitucional de la UE, como la aplicación *in casu* de los principios de primacía, de efecto directo, o las condiciones de uso de la cuestión prejudicial, no planteada en este caso por el Tribunal Supremo al entenderse que no había duda razonable que exigiera elevar el caso al Tribunal de Justicia<sup>6</sup> (*doctrina del acto claro*). No obstante, el Derecho internacional –y su relación con el ordenamiento español a través de su mecanismo de incorporación del art. 96 CE- también tienen un

---

<sup>4</sup>Resolución A37-19 de la 37ª Sesión de la Asamblea de la OACI (28 de septiembre-8 de octubre de 2010). Las reservas fueron planteadas por Bélgica en nombre los Estados de la UE.

<sup>5</sup>TJUE, *Air Transport Association y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10. Sobre esta sentencia y su contexto, *vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “El comercio de derechos de emisiones de CO2 en la UE”, *RCDE*, Vol. 39, mayo/agosto 2011, pp. 369 ss.; HAVEL, B. F.; MULLIGAN, J. Q.: “The triumph of politics: reflections on the Judgment of the European Court of Justice of the European Union validating the inclusion of non-EU Airlines in the emission trading scheme”, *Air and Spac eLaw*, Vol. 37, nº 1, 2012, pp. 3 ss.; PASCUAL VIVES, F. J.: “Interacciones entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea: la inclusión de las actividades aéreas en el comercio de derechos de emisión”, *RGDE*, Vol. 27, 2012, [www.iustel.com/revistas/](http://www.iustel.com/revistas/).

<sup>6</sup> FJ nº 10.

papel muy relevante en el breve razonamiento del fallo, por lo que nos detendremos un momento en éste.

El hecho de que los demandantes dirigieran sus motivos *iusinternacionales* de impugnación *directamente* contra el Acuerdo del Consejo de Ministros implica, desde el punto de vista más formal, que el conflicto se establece únicamente entre una normativa nacional y un tratado internacional. Pero dado el origen europeo del Acuerdo impugnado, resulta inevitable invocar, como hicieron los recurrentes, las cláusulas de conflicto entre las obligaciones internacionales, que en este caso son el art. 30.4 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), y el art. 351 TFUE, dado que, desde una visión estrictamente estática, *puede* haber conflicto entre obligaciones internacionales.

El Tribunal Supremo evita el problema, estimando que la sentencia del Tribunal de Justicia ofrece respuestas a *todos* los interrogantes planteados por la parte recurrente<sup>7</sup>. Se conforma el Alto Tribunal, pues, con responder que el Convenio de Chicago no puede ser invocado ni utilizado como parámetro de enjuiciamiento de la validez de la Directiva y que el mecanismo de comercio de derechos de emisión implantado no viola los principios de territorialidad ni la soberanía estatal, bien consuetudinarios<sup>8</sup>, bien consagrados por el Convenio de Chicago. También utiliza el razonamiento del TJUE con el fin de aducir que no hay incompatibilidad ni con el art. 2.2 del Protocolo de Kyoto ni con el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en este punto, el TJUE se basa en un argumento *a fortiori*: si el TJUE concluyó que el Protocolo de Kyoto no es invocable ante la jurisdicción europea por falta de efecto directo, con más razón será así respecto del Convenio Marco de origen).

Sin poder adentrarnos en esta crónica en un análisis detallado de los postulados ofrecidos por el Tribunal Supremo, basados en una analogía con la decisión *Air Transport Association* y otros del TJUE, sí que podemos sugerir que alguna de estas analogías es algo apresurada. Ello es así, sobre todo, en lo que concierne al razonamiento según el cual las conclusiones del Tribunal de Luxemburgo sobre los principios consuetudinarios supuestamente violados por la Directiva 2008/101/CE son directamente aplicables a las normas del Convenio de Chicago invocadas por los recurrentes. Y es que, independientemente de la similitud material (o *funcional*, según el TS) entre las normas contenidas en ambas fuentes, el test de control de adecuación aplicado por el TJUE respecto del derecho consuetudinario es el del *error manifiesto de apreciación*. El pasaje relevante de la decisión del TJUE es el siguiente:

---

<sup>7</sup> FFJJ nos. 5 ss.

<sup>8</sup> En este punto, el Tribunal Supremo se refiere a la bien conocida doctrina de los modos de interacción entre costumbre y tratado (efectos declarativo, constitutivo y cristalizador). A nuestro juicio, no hubiera estado de más hacerlo con una referencia más precisa y elegante. Y es que, en efecto, el TS se conforma con explicar que “[...] *se habla* de una interacción declarativa (...) *se utiliza por la doctrina* la expresión “efecto cristalizador” (...) y finalmente *se habla* de “efecto constitutivo” (...)” (FJ nº 7, énfasis añadidos). Una simple referencia a la jurisprudencia de la CIJ hubiera bastado a estos efectos (CIJ, asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, sentencia de 20 de febrero de 1969, *Recueil 1969*, p. 41, FJ 71; más recientemente, TEDH, *Cudak c. Lituania*, sentencia de 23 de marzo de 2010, N. 15869/02, FFJJ 65 ss.).

“[...] puesto que un principio de Derecho consuetudinario internacional no reviste el mismo grado de precisión que la disposición de un acuerdo internacional, el control jurisdiccional debe limitarse necesariamente a determinar si las instituciones de la Unión, al adoptar el acto controvertido, incurrieron en errores manifiestos de apreciación en lo que respecta a las condiciones de aplicación de dichos principios”<sup>9</sup>.

En otro lugar hemos señalado, siguiendo a un sector doctrinal, que este pasaje matiza el tono aparentemente iusinternacionalista de las sentencias *Rackey* –por extensión- *Air Transport Association*<sup>10</sup>. Sea como fuere, este no es el parámetro que debe utilizar el juez nacional para valorar *ex art. 96 CE* la adecuación de una norma nacional a un acuerdo internacional *en su conjunto* como el Convenio de Chicago. Por poner un ejemplo, el art. 11 (prohibición de discriminación en las reglamentaciones aéreas) parece *prima facie* redactado con la suficiente claridad, precisión e incondicionalidad como para (1) poder ser invocada por un particular; y en consecuencia (2) dar lugar a un escrutinio de legalidad más exigente que el del “error manifiesto de apreciación” aplicado por el TJUE a la costumbre internacional. Ello quizás hubiera adentrado al Alto Tribunal español por los delicados vericuetos del conflicto entre tratados, de los que es comprensible que éste quisiera huir (más aún cuando uno de los *sistemas jurídicos* en liza es el Derecho de la UE<sup>11</sup>). Sin embargo, tal vez hubiera sido posible desarrollar una respuesta igualmente negativa para los recurrentes pero mejor razonada sobre la base del Convenio de Chicago. En su defecto, plantear una cuestión prejudicial articulada sobre la óptica del art. 351 TFUE no nos habría parecido una opción inoportuna.

*Asier Garrido Muñoz*

---

<sup>9</sup> TJUE, *Air Transport Association y otros*, FJ n° 110 ; TJUE, *Racke GmbH & Co y Hauptzollamt Mainz*, sentencia de 16 de junio de 1998, C-162/96, Rec. I-3655, FJ n° 52.

<sup>10</sup> GARRIDO MUÑOZ, A.: *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa, p. 359 y las referencias allí contenidas.

<sup>11</sup> Y más aún todavía, cuando el problema de los conflictos entre tratados –o incluso conflictos entre *sistemas jurídicos*– está lejos de encontrar soluciones fáciles. Nos remitimos, entre la abundante bibliografía, a RODRIGO, A. J.; GARCÍA, C. (Eds.): *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la Comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas*, Tecnos, Madrid, 2011.

## 2. Aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 de octubre de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. Jose Ramón Fernández Gabriel. STS 4565/2012

F.: *Cendoj*

Las decisiones judiciales relativas a la patentabilidad de productos químicos y farmacéuticos en España han dado lugar a una amplia jurisprudencia, a la que se ha hecho referencia en crónicas anteriores<sup>12</sup>. La cuestión central se refiere a la aplicabilidad directa del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), y a su efecto sobre la reserva que planteó España en el momento de adherirse al Convenio de Múnich de 1973 sobre la Patente Europea, de conformidad con la autorización prevista en el art. 167 de este acuerdo, por la que no se reconocían efectos a las patentes de productos químicos y farmacéuticos, prorrogada hasta el 7 de octubre de 1992. A partir de esta última fecha, era posible reivindicar la patente tanto de productos como de procedimientos, pero las patentes registradas con anterioridad no tendrían protección como patentes de producto hasta el final del periodo de caducidad de la patente.

La argumentación del Tribunal resulta, como es lógico en este momento, sumaria, y afirma que “sobre la mayoría de las cuestiones planteadas en el recurso se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia 309/2011, de 10 de mayo, a la que, en lo menester, nos remitimos” (FJ nº 2, apar. 5). Según destaca el TS, con referencia expresa a las disposiciones relativas a la recepción de los Tratados internacionales en el ordenamiento interno español, la adopción del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC) modificó sustancialmente esta situación, pues

“el artículo 27 del Acuerdo ADPIC, de 15 de abril de 1994 –con vigencia en España el veinticinco de enero de 1995, pese a lo dispuesto en el apartado 1 de su artículo 65, por ser el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado: artículos 96, apartado 1 de la Constitución Española y 1, apartado 5, del Código Civil- introdujo un cambio sustancial en la regulación de la materia, ya que estableció que, “(...) *sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de producto o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología (...)*” (FJ nº 3, énfasis añadido).

Por otra parte, rechaza el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia por cuanto “carece de sentido plantear tal tipo de cuestión cuando se trata de materia ya aclarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (FJ nº 8). Al final de su pronunciamiento, el TS reafirma el argumento central de la decisión, vinculado con la aplicación de tratados sucesivos, rechazando plantear una cuestión de inconstitucionalidad, puesto que, según señaló,

---

<sup>12</sup> Sobre esta jurisprudencia puede consultarse *REDI*, 2012, nº. 1, pp. 135 y ss.; *REEI*, nº. 21, 2011, pp. 3 y ss.; *REDI*, 2011, nº 2, pp. 184 y ss; *REDI*, 2008, nº 2, p. 542 y ss.

“la “ratio” de la desestimación de la demanda y, al fin, de los recursos no es la derogación de la Reserva, ya caducada por lo establecido en sus propios términos, sino la declaración de que la norma contenida en el apartado 5, al final del artículo 167 del Convenio de Múnich, quedó modificada por los artículos 27, apartado 1, y 70, apartados 2 y 7, del Acuerdo ADPIC, de aplicación directa en España desde el día en que ganaron vigencia, lo que ninguna contradicción produce con los preceptos de la Constitución Española” (FJ nº 8).

*Javier Laso*

### **3. Efectos de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de junio de 2012.**

Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio XiolRios. *STS 5807/2012*

*F.: Cendoj*

La importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática explica que, en principio, el punto de partida para resolver un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad sea la posición prevalente de la primera. El TS pone de relieve en este asunto que el conflicto entre ambos derechos, cuando se trata de menores de edad, adquiere un perfil diverso en el que prima el interés del menor, “sin que el examen de los requisitos que permitirían un ejercicio legítimo del derecho a la información (interés informativo, veracidad y proporcionalidad) sea razón suficiente para franquear el límite que el interés del menor impone en este tipo de casos” (FJ no 4, apart, B, segundo párrafo)<sup>13</sup>.

El TS afirma que en los casos en que los intereses de los menores están afectados, como en este asunto, en el que los datos del artículo (nombre y apellidos) permitían la total identificación de la menor, eran contrarios a la normativa tanto interna como internacional en las que se otorga una especial protección al interés del menor (FJ no 3). Esta orientación no resulta novedosa: el TC ya tuvo ocasión, igualmente, en la STC 134/1999, de 15 de julio, de pronunciarse sobre este conflicto y mantuvo que su derecho a la intimidad no debía soportar límite alguno. El TS se fundamenta para llegar a esta conclusión, de forma expresa, tanto en las normas internas como en las internacionales. Por otra parte, el Tribunal destaca que el valor de los Convenios internacionales en relación con los menores vendría “especialmente enfatizado por la CE en su artículo 39.4”. Además, señala que

---

<sup>13</sup> MANGAS MARTÍN, A.: “Art. 26”, en A. MANGAS MARTÍN (Dir.): GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario Artículo por Artículo*. Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 442-453; en particular, sobre el interés superior del niño, p. 451 y ss. Asimismo, ZUMAQUERO GIL, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F.; FORNER DELAYGUA, J. (Dir.); GONZÁLEZ BOU, E., GONZÁLEZ VEGA, N. (Coords.): *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, AEDPIRI, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 39-56.

“El reconocimiento de una protección específica a los derechos de la personalidad de los menores se asumen en el ámbito internacional y así el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 proscribire las intromisiones en la intimidad del menor” [FJº 3, C (v)].

Esta referencia Convencional se acompaña de una curiosa cita del punto “8.29 de la Carta Europea A3-0172/92 de 8 de julio de 1992”, sin referencia a su valor jurídico. La Resolución del PE a la que se refiere, sin precisar su alcance jurídico, fue un texto innovador, aunque llame la atención la alusión a esta Resolución teniendo en cuenta la pluralidad de instrumentos adoptados desde entonces en la UE o la ausencia de una referencia en este punto a la Carta de Derechos Fundamentales, que sólo aparece referida brevemente, con relación al art. 11, en la medida en que “al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia específica al respeto a la libertad de los medios de comunicación y pluralismo” (FJ nº 3, B).

*Javier Laso*

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

#### **Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, de 29 de octubre de 2012.**

*Sumario 19/1997 – D*

*F.: Cendoj*

#### **Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, de 16 de agosto de 2012.**

*Diligencias previas proc. Abreviado 1/2008-A*

*F.: Cendoj*

Durante el período cubierto por esta crónica el Juzgado Central de Instrucción nº 5 ha dictado sendos Autos, referidos a diferentes fases del procedimiento, pero favorables al ejercicio de la jurisdicción universal.

El primero de ellos ha admitido a trámite la querrela interpuesta por una Asociación de defensa de los derechos del pueblo saharauí, por la presunta comisión de un delito de genocidio, en concurso con delitos de asesinato, lesiones, detención ilegal, terrorismo, torturas y desapariciones a cargo de destacados miembros del Frente Polisario y altos cargos del gobierno argelino. Las tres víctimas denuncian el trato otorgado a la población saharauí disidente refugiada en los campos de Tindouf (Argelia). La admisión a trámite de la querrela fue posible al haberse evacuado por parte del Ministerio Fiscal las diligencias de comprobación de la existencia de otros procedimientos sobre los mismos hechos en Marruecos y Argelia con resultado negativo (como es sabido, lo contrario hubiera supuesto incurrir en una de los impedimentos del art. 23.4 LOPJ para ejercer la jurisdicción universal).

El segundo de ellos declara procesados a antiguos miembros de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional chilena, órgano de represión del régimen de Pinochet) por el secuestro, torturas y posterior asesinato del diplomático Carmelo Soria Espinoza, de nacionalidad española, que trabajaba como personal diplomático para las Naciones Unidas en la CEPAL (Comisión Económica para América Latina). Los hechos acontecieron entre el 14 y el 15 de julio de 1976 mientras el fallecido se dirigía a su casa a bordo de un vehículo particular. Secuestrado, maniatado y torturado durante varias horas, le inyectaron o hicieron ingerir el contenido de media botella de pisco con el fin de hacer pasar su muerte por un accidente de tráfico. Posteriormente su cuerpo aparecería en un canal, cerca de su vehículo particular. Los delitos imputados son genocidio, asesinato y detención ilegal (art. 137 bis, 406.1 y 5 y 480 del Código Penal de 1973, vigente en el momento de la comisión de los hechos).

El Auto se esfuerza en justificar el ejercicio de la jurisdicción universal sobre la base de los criterios del art. 23.4 LOPJ. En primer lugar, explica, es obvio que en el presente caso la nacionalidad española de la víctima de los hechos acredita la existencia de un “vínculo de conexión relevante” en el sentido de la citada disposición. Recordemos que el criterio del vínculo de conexión relevante fue introducido por la Ley Orgánica 1/2009, con la finalidad de limitar la jurisdicción universal<sup>14</sup>.

Junto a ello, se toma nota de un dictamen de agosto de 1996 emitido por la Corte Suprema de Chile que sobreseyó el procedimiento seguido ante los órganos jurisdiccionales chilenos. El juez Instructor lo califica, con razón, de “acto material de auto-amnistía de la dictadura militar chilena, que se camufló bajo la apariencia de norma jurídica, no obedeciendo a decisión alguna de un parlamento democrático en el ejercicio de la soberanía del país” (FJ nº 3). Más allá de la debatida cuestión de la legalidad de las “amnistías democráticas”, ya discutidas y admitidas por el Tribunal Supremo en lo que concierne a nuestro país<sup>15</sup>, lo cierto es que la conclusión parece irreprochable. Más aún cuando ésta viene apuntalada por los completos fundamentos jurídicos del Voto particular que acompaña al Auto de 23 de marzo de 2012 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Recordemos que en citado Auto, tres Magistrados invocaron buenos argumentos iusinternacionales para denunciar el excesivo formalismo a la mayoría, que declinó investigar una serie de supuestos crímenes de guerra cometidos en Guantánamo apoyándose en una interpretación excesivamente “generosa” el concepto de subsidiariedad<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup>B.O.E. núm. 266, de 4 de noviembre de 2009, página 92090.

<sup>15</sup>Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de febrero de 2012, Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta, RJ 2012\3659, comentada por SANTOS VARA en la crónica jurisprudencial del número 23 de esta revista, pp. 23 ss., y por QUESADA ALCALÁ en “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público”, *REDI*, Vol. LXIV, nº 2, 2012, pp. 185 ss.

<sup>16</sup>Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 23 de marzo de 2012; también comentado por SANTOS VARA en la crónica anterior de esta *Revista* (pp. 10 ss.), y por PEYRÓ LLOPIS para la *REDI* (pp. 191 ss.).

En consecuencia, ordena el Magistrado Titular del Juzgado de Instrucción nº 5 la busca, detención e ingreso en prisión de los procesados: una buena noticia para la justicia penal internacional.

Asier Garrido Muñoz

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

##### 1. Deber agravado de investigar indicios razonables de torturas. Tutela judicial efectiva

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 18 de junio de 2012.**

Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. *RTC 2012/131*

*F: Aranzadi (Westlaw)*

En una Crónica anterior de esta publicación nos referimos a la jurisprudencia del TC en materia de protección del derecho a la tutela judicial efectiva en el contexto de la existencia de “indicios razonables” de torturas cometidos contra personas bajo custodia policial<sup>17</sup>. En aquella ocasión pudimos constatar el celo con el que el TC había acogido la jurisprudencia en asuntos como *Martínez Sala y otros c. España*<sup>18</sup> al favorecer un canon constitucional reforzado de protección de la tutela judicial efectiva cuando un demandante en amparo invoca en sede constitucional la violación conjunta de los artículos 15 CE (integridad física y personal) y 24.1 CE (tutela judicial efectiva).

Pues bien, la sentencia que ahora nos ocupa retoma la referida línea jurisprudencial en un asunto relativo a la inactividad judicial para investigar un presunto delito de torturas *ex art. 173 y siguientes del CP* cometidas, según el denunciante, durante su prisión incomunicada en las dependencias de la comisaría general de información del Cuerpo Nacional de Política de Canillas (Madrid). Allí permaneció en régimen de incomunicación desde el 22 de octubre de 2010 hasta que fue puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción nº 2 el día 25 de octubre de 2010, acordando éste su ingreso en prisión.

Si bien las torturas denunciadas no dejaron secuelas físicas en el recurrente en amparo (más allá de la constatación de un dolor en el hombro que el detenido achacaba a la postura en la que permaneció largo tiempo esposado), y ni siquiera fueron puestas en conocimiento de ningún médico forense especialista *durante la detención*, lo cierto es que sí que existían ciertos indicios de ansiedad y labilidad emocional con tendencia al llanto en el detenido.

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> TEDH, *Martínez Sala y otros c. España*, sentencia de 2 de noviembre de 2004, nº 58438/00. *Vid.*, sobre esta decisión, RUILOBA ALBARIÑO, J.: “La Sentencia del Tribunal Constitucional en el asunto Martínez Sala y otros contra España. Crónica de una muerte anunciada”, *REDI*, 2005, Vol. 57, Nº 1, pp. 209 ss.

Presentada la denuncia, el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Bilbao acordó la incoación de diligencias previas, que fueron archivadas tras practicarse una única diligencia probatoria: la aportación a la causa de los informes médicos emitidos durante el período de detención, y que no constataban lesión alguna. Por su parte, el denunciante solicitaba la práctica de otras diligencias, como su declaración ante el Juez instructor, la declaración de los médicos forenses, la identificación de los policías que participaron en la detención y custodia o la aportación de las grabaciones de la videocámara que controlaba la detención.

Frente a la pasiva actitud del citado Juzgado de Instrucción bilbaíno, tanto el Ministerio Fiscal como el TC reiteraron las obligaciones agravadas derivadas del carácter absoluto del derecho a la integridad física, con origen último en la jurisprudencia del TEDH. A este respecto, dos son los elementos que activan el mecanismo reforzado de protección conjunta de los arts. 15 y 24.1 CE. El primero es indiciario y tiene una vertiente *material*: la existencia de “indicios razonables” de haberse producido los hechos objeto de denuncia. El segundo, por el contrario, es *procesal* y entronca con el principio de proporcionalidad: la existencia de medios de investigación *adecuados* al fin perseguido, es decir, a la elucidación de los hechos más allá de toda duda razonable<sup>19</sup>.

Pues bien, la Sala Segunda del TC pone de relieve que, en el caso concreto, la tutela judicial prestada no ha sido suficiente. Por un lado porque, aunque es cierto que no existe ningún informe médico forense que apunte a la existencia de pruebas de malos tratos,

“las sospechas de veracidad de los hechos denunciados pueden no ser contundentes, pero sí, en lo que importa al juicio constitucional, suficientes para que deba perseverarse en la indagación –apenas iniciada- si caben medios para ello” (FJ nº 4).

Y por otro lado por el TC estimó que

“el denunciante proponía al órgano judicial un amplio elenco de diligencias probatorias, cuya práctica hubiera podido contribuir eficazmente al esclarecimiento de lo sucedido” (FJ nº 5).

En consecuencia, la unanimidad de la Sala estimó el recurso. La “victoria” conseguida por el recurrente en estos casos puede ser tan pasajera como la práctica de una simple diligencia que evidencie la clara falta de veracidad de los hechos denunciados. No obstante, este precio “pagado” por la doctrina del TC es la consecuencia inevitable del canon constitucional reforzado de la tutela judicial efectiva derivado del art. 15 CE.

*Asier Garrido Muñoz*

---

<sup>19</sup>*Vid.*, por todas, la STC 34/2008, de 25 de febrero (RTC 2008, 34).

## **2. Derecho a la creación de partidos políticos**

### **Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 20 de junio de 2012.**

Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. *RTC 2012/138*

*F: Aranzadi (Westlaw)*

En ocasiones anteriores esta crónica se ha referido a las decisiones del Tribunal Constitucional en materia de partidos políticos, bien fuera por las alegaciones de los recurrentes en relación con la doble instancia penal para revisar una decisión de la Sala del 61 del Tribunal Supremo<sup>20</sup>, bien fuera por la ilegalización sobrevenida de un partido político a decisión de la citada Sala del Supremo<sup>21</sup>. En todo caso, se trata de asuntos de extrema complejidad que implican, por un lado, realizar una dificultosa valoración de los elementos fácticos que justifican una decisión de ilegalidad de un determinado partido político (a menudo sobre la base de pruebas indiciarias), y por otro, aplicar la creciente jurisprudencia del TEDH sobre la materia. El asunto que nos ocupa no es la excepción, si bien encuentra la clave de su resolución no tanto en el desarrollo de una doctrina propia en materia de legalidad de partidos políticos, sino más bien en una revisión de la ponderación de los elementos de hecho realizada por el Tribunal Supremo para concluir que el partido SORTU era continuador de los ilegales EuskalHerriarrok, Batasuna y Herri Batasuna. Es por ello por lo que haremos breve referencia a la misma.

Los demandantes, representantes del partido político SORTU, impugnaron ante el TC el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo, recaído en el procedimiento de ejecución de la Sentencia 1/2003, de 27 de marzo, del TC, de ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, EuskalHerriarrok y Batasuna, declarando la improcedencia de la constitución del partido político SORTU por ser continuidad o sucesión del ilegal Batasuna. El único motivo de recurso fue la vulneración del derecho de asociación, en su vertiente de derecho a la creación de partidos políticos (arts. 6 y 22 CE), en relación con los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE) y a la participación política (art. 23.1 CE), así como también con los arts. 10 y 11 CE del CEDH (este último argumento fue rápidamente desestimado por el TC, dado que no es tarea del TC supervisar el cumplimiento con las obligaciones dimanantes del Convenio). En síntesis, la demanda argumentaba que la valoración probatoria y la aplicación normativa y jurisprudencial que se lleva a cabo en el Auto recurrido no salvaguardan suficientemente el contenido de los derechos fundamentales invocados.

La decisión del TC, como es sabido, aceptó el recurso. Para ello no renunció a beber del abundante caudal jurisprudencial del TEDH en materia de legalización de partidos políticos: reconocimiento de que los partidos políticos son formas asociativas que se enmarcan dentro del ámbito de protección del derecho de asociación<sup>22</sup>, reconocimiento de su especial papel en los sistemas democráticos<sup>23</sup>, límites a la negativa a inscribir a un

<sup>20</sup>SANTOS VARA, J. (Coord.); LASO PÉREZ, J.; GARRIDO MUÑOZ, A., *REEI*, Vol. 21, 2011, pp. 39 ss.

<sup>21</sup>SANTOS VARA, J., *REEI*, Vol. 10, 2005, pp. 10 ss.

<sup>22</sup>ComEDH, *Partido Socialista c. Turquía*, Auto de 25 de mayo de 1998, nº 26482/95, FJ 29.

<sup>23</sup>TEDH, *RefahPartisi c. Turquía*, sentencia de 13 de febrero de 2003, nº 41340/98 y otros, FJ 87

partido político<sup>24</sup>, metodología a seguir para valorar la legalidad de un partido político que todavía no ha comenzado su actividad política<sup>25</sup> o consideración de la existencia de remedios posteriores a la legalización errónea de un partido como elemento a ponderar para valorar la proporcionalidad y necesidad de una decisión de ilegalización<sup>26</sup>. En todo caso, como hemos anticipado, la decisión final dependía de aceptar el material probatorio que, a juicio del Tribunal Supremo, fundamentaba la tesis de la sucesión de SORTU respecto de partidos predecesores considerados ilegales, o aceptar los llamados “contraindicios” de los recurrentes para refutar dicha tesis. Incluso los Votos particulares, muy críticos con la decisión de la mayoría, se centraron en este aspecto.

*Asier Garrido Muñoz*

### 3. Derecho al secreto de las comunicaciones.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de julio de 2012, núm. 643/2012.**

Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca. *RJ/2012/8402*

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

En juego se encontraba el derecho al secreto de las comunicaciones de una serie de personas ya condenadas en primera instancia por su implicación en una trama de tráfico de drogas. De acuerdo con los recurrentes en casación, la decisión judicial del Juzgado de Instrucción nº 4 de Ayamonte de autorizar unas intervenciones telefónicas sin existir en su momento indicios suficientes de comisión del delito investigado, haciendo uso de un testigo protegido jurídicamente inexistente y sin motivar adecuadamente el Auto de autorización de las escuchas, violaba el citado derecho constitucionalmente protegido.

El Tribunal Supremo entendió que la decisión judicial no se encontraba suficientemente motivada. Tomando en serio el mandato del TEDH, de que “las escuchas y demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada (...)”, que por lo tanto han de ser suficientemente justificadas<sup>27</sup>, la Sección 1ª realizó una lectura garantista de las condiciones que permiten la autorización de escuchas telefónicas, estimando que la mera sospecha de que las actividades de los condenados estaban relacionadas con el tráfico de drogas no justificaba las escuchas. En este sentido, estableció un riguroso nexo entre el *delito* investigado y la naturaleza de los indicios que conducen al juez a autorizar las escuchas. En el presente caso, el hecho de que las personas encausadas, de origen rumano, dispusieran de vehículos de alta

<sup>24</sup> TEDH, *Sidiropoulos y otros c. Grecia*, sentencia de 10 de julio de 1998, FFJJ 38-40.

<sup>25</sup> TEDH, *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, sentencia de 30 de enero de 1998, nº 19392/92, FJ 58; *Partido de la Libertad y de la Democracia c. Turquía*, sentencia de 8 de diciembre de 1999, nº 23885/94, FFJJ 40-42; *PartidulComunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Rumanía*, sentencia de 3 de febrero de 2005, nº 46626/99, FFJJ 56-57; *Linkov c. República Checa*, sentencia de 7 de diciembre de 2006, nº 10504/03, FJ 44; *Tsonev c. Bulgaria*, sentencia de 1 de octubre de 2009, nº 33726/03, FJ 60.

<sup>26</sup> *Ibid*, FFJJ 61-63.

<sup>27</sup> TEDH, *Kruslin c. Francia*, sentencia de 24 de abril de 1990, nº 11801/85.

gama sin tener actividad laboral observable, así como el hecho de celebrar frecuentes reuniones en horas laborables (en ocasiones en la misma vía pública), no fue estimado como condición suficiente.

La sentencia cuenta con un Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez, al que se adhirió el Excmo. Sr. Antonio del Moral García. De acuerdo con éste, el Auto judicial de origen (transcrito en su integridad en el texto del Voto) ofrecía “buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse”, en el sentido de las sentencias *Klassy Lüdidel* TEDH<sup>28</sup>. El Voto destacó que el Auto cuestionado recurría a fuentes confidenciales, válidas según la jurisprudencia del TEDH, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo<sup>29</sup>. En el asunto concreto, la supuesta información confidencial había dado lugar además, como es exigido por la jurisprudencia del TC, a gestiones policiales suficientes para comprobar la veracidad de la información obtenida mediante fuentes confidenciales. Junto a ello, también ponía en duda la necesidad del criterio de conocimiento *exacto* del delito a investigar: basta con que

“exista una línea de investigación, sobre la comisión de hechos delictivos que precise, para una mayor eficacia en la lucha contra manifestaciones graves de criminalidad, del auxilio de una información que puede obtenerse a través de las intervenciones telefónicas”.

En definitiva, como se puede apreciar, existe una discrepancia de fondo sobre los caracteres que conducen a considerar si el Auto impugnado se encuentra debidamente motivado. En todo caso, subyacen también dos preocupaciones legítimas que en el caso presente se ofrecen como contrapuestas: la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, por un lado; y la lucha contra la criminalidad organizada, por otro.

*Asier Garrido Muñoz*

#### **4. Legalidad de los matrimonios homosexuales: Interpretación del art. 10.2 CE y jurisprudencia del TEDH**

##### **Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 6 de noviembre de 2012.**

Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. *RTC 2012/198*

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

El sentencia del Pleno del TC sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (*Ley de matrimonios homosexuales*), reviste gran importancia en el contexto de esta crónica por un doble motivo. En primer lugar, porque es preciso tomar

---

<sup>28</sup>TEDH, *Klass c. Alemania*, sentencia de 6 de septiembre de 1978; *Lüdi c. Suiza*, sentencia de 15 de junio de 1992, nº 12433/86.

<sup>29</sup>TEDH, *Kostovski*, de 20 de noviembre de 1989, *Windisch*, de 27 de septiembre de 1990, nº 12489/86.

nota del manejo que se realiza en sede constitucional de la doctrina del TEDH y del TJUE en materia del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, y por ende, de las conclusiones que nuestro TC extrae de las decisiones europeas al respecto. Y en segundo lugar, aunque no por ello menos importante, porque el juez constitucional español realiza una serie de apreciaciones sobre el contexto y efectos del art. 10.2 CE que nos parecen del mayor interés, máxime cuando el *iterargumentativo* del TC en este punto es discutido en alguno de los Votos particulares. Es por ello que será necesario ir desagregando los numerosos elementos iusinternacionalistas que jalonan esta relevante decisión.

El asunto tiene su origen en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fecha de 30 de septiembre de 2005 por setenta y dos diputados del Grupo Popular del Congreso contra la citada ley (los lamentables acontecimientos políticos que han motivado semejante retardo en la resolución de este caso son tan conocidos que no hacen falta ser reiterados aquí). A juicio de los recurrentes, el reconocimiento de los matrimonios homosexuales en el apartado primero del artículo 1 de la citada Ley, así como la capacidad de adopción de menores recogida en su apartado séptimo, incurren en tachas de inconstitucionalidad por violación de los arts. 32 CE (derecho al matrimonio), 10.2 CE, 14 CE (derecho a la igualdad), 39.1-2-4 CE (protección de la familia y de los hijos), 53.1 en relación con el 32 CE (es decir, respeto del contenido esencial del derecho al matrimonio), y 167 CE (procedimiento de reforma constitucional).

En lo que a nosotros concierne, se han de subrayar en primer lugar los argumentos relativos del art. 32 CE. En la medida en que se aduce que la Ley recurrida adoptó un paso sin precedentes en la tradición jurídica española, se valoró que dicha opción sólo era secundada entonces por algunos Estados occidentales y que se contrariaban los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos del art. 32 CE así como la propia doctrina del TC *avalada por la jurisprudencia del TEDH*. Para los recurrentes, otras vías no matrimoniales existen que permiten razonablemente alcanzar los objetivos perseguidos por la Ley 13/2005, más adecuadas y proporcionadas que la impugnada.

Por su parte, el art. 10.2 CE es violado porque los principales textos internacionales en la materia (y sobre todo, el art. 12 CEDH y la jurisprudencia del TEDH), recogen el criterio de la heterosexualidad como componente del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Se cita igualmente la jurisprudencia del TJUE, a la que más adelante acudiremos. A la vista de todo ello, se concluye que

“la interpretación del art. 32 CE de conformidad con los tratados internacionales suscritos por España lleva a afirmar que el derecho constitucional a contraer matrimonio se predica únicamente respecto de la pareja heterosexual, por lo que la extensión de este derecho a las personas homosexuales contradice el art. 10.2 CE”.

Los planteamientos del Abogado del Estado anticipan algunos de los fundamentos de Derecho de la sentencia del TC. En síntesis, lo más destacable de su argumentación es que, haciendo frecuentes referencias (entre otros) al Derecho comparado y cierta jurisprudencia del TEDH, e incluso a dos Resoluciones del Parlamento Europeo (de 8

de febrero de 1994, y de 15 de enero de 2003), se defiende una interpretación evolutiva de la Constitución que prime la evolución de “la conciencia social” del momento. En materia de derecho de adopción, además, se recuerda que en la sentencia *Frette c. Francia*<sup>30</sup> se reconoció que el CEDH no impide que un Estado pueda conceder el derecho de adopción a los homosexuales ya sea individual o colectivamente, así como que tampoco resulta *obligado* hacerlo.

En su respuesta, el TC desecha de forma sumaria la mayoría de argumentos invocados por el recurrente, al entender éste que no plantean mayores dificultades. Interesante es a este respecto el recordatorio sobre la naturaleza interpretativa del art. 10.2 CE:

“[...] El artículo 10.2 CE recoge un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales [...] que pone de manifiesto la decisión del constituyente de reconocer nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite [...] En la medida en que el art. 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del Título I de la Constitución española, su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en ese Título I, agravada por el hecho de que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto del único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución” (FJ nº 2.b).

El papel del art. 10.2 CE en el contexto de este caso es especialmente interesante, puesto que aporta una de las claves conceptuales que conforman el derecho fundamental protegido. Para los recurrentes, el reconocimiento generalizado del matrimonio *heterosexual* a nivel internacional, sin protección expresa del matrimonio homosexual, implica un uso *defensivo* del citado artículo con el fin de salvaguardar un elemento que ellos consideran esencial en el derecho al matrimonio. De esta manera, siguiendo el razonamiento, la protección internacional del matrimonio heterosexual supone que si se amplía el elemento de género se menoscaba inevitablemente el núcleo esencial de un derecho fundamental internacionalmente protegido. Por el contrario, como veremos, para el TC y la Abogacía del Estado la protección ofrecida por el Derecho internacional es *de minimis*, y por lo tanto, permite su ampliación a otros supuestos. En este sentido, y aunque no se haga en ningún caso referencia expresa a ellas, serían aplicables al caso las cláusulas de conflicto de los principales convenios en materias de derechos fundamentales (como el art. 53 CEDH<sup>31</sup> o el art. 5.2 PIDCP<sup>32</sup>), que impiden que la protección inferior de un derecho concreto reconocida por un instrumento internacional de protección del derechos reduzca el mayor rigor proteccionista que pudiera ofrecer el nivel constitucional.

---

<sup>30</sup> TEDH, *Frette c. Francia*, sentencia de 26 de febrero de 2002, nº 36515/97.

<sup>31</sup> “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

<sup>32</sup> “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce *en menor grado*”, énfasis añadido.

En otras palabras, en la medida en que el TC vinculará en su razonamiento el derecho a la igualdad (art. 14 CE) con la “evolución social” en la concepción del matrimonio, se podría argumentar que la argumentación de los recurrentes plantea un *conflicto de valores* entre los arts. 14 y 32 CE si se acepta el articulado de la Ley de matrimonios homosexuales<sup>33</sup>, mientras que la solución ofrecida por el TC *niega el conflicto* al entender que el art. 32 CE permite en su origen ampliar el ámbito de aplicación *rationemateriae* a las uniones homosexuales. En ambos casos se enfatiza que el art. 10.2 CE impide una *interpretatio in peius* de los preceptos constitucionales, pero el uso que se hace del Derecho internacional difiere: conservadores en el primero; reformistas en el segundo.

Volviendo a los derechos materiales invocados en el recurso de amparo, el TC descartó que la adopción de menores por matrimonios homosexuales pudiera vulnerar cualquiera de los apartados del art. 39 CE al afectar al concepto de “familia” recogido por esta disposición. Y es que, según el Alto Tribunal, “el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio (...) ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia”<sup>34</sup>. Como no hay definición constitucional de familia, pues, se debe desligar el derecho a contraer matrimonio de la garantía de protección de la familia. En este punto el TC encuentra un apoyo en la argumentación seguida por el TEDH respecto del art. 8 CEDH<sup>35</sup>, cuando establece que

“el concepto de vida familiar recogido por este artículo no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones de facto” (FJ nº 5).

Dado que el art. 39 CE será discutido más adelante cuando se discutan los derechos de los niños adoptados por parejas homosexuales, el TC pasa a continuación a desarrollar el grueso de su razonamiento a partir del fundamento jurídico sexo, abordando así la interpretación constitucionalmente válida del art. 32 CE. En este punto, comienza el TC recordando una diferenciación conceptual que afecta a la metodología a seguir, como es la separación entre *garantía institucional* y *derecho fundamental*. Si bien trasladarla con exhaustividad a estas líneas nos introduce en el ámbito del Derecho constitucional, no está de más recordar que las primeras

“Son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas (...) en éstas la configuración institucional concreta se difiere al legislador ordinario, al que

---

<sup>33</sup> En términos claros lo plantea el Voto particular del Magistrado D. Andrés Ollero Tassara, cuando critica que “el indiscutible imperativo del artículo 14 CE se convertiría en fuente de nuevos derechos destinados a eliminar las discriminaciones”.

<sup>34</sup> FJ nº 5.

<sup>35</sup> Cita FJ nº 5. También se hace oportuna referencia al art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al art. 23 PIDCP, al art. 10 PIDESC y a la Convención de Naciones Unidas de 15 de abril de 1969, sobre consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, de la que España es parte desde el 26 de mayo del mismo año (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969).

no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”.

Para determinar el contenido indispensable de la *garantía institucional* del matrimonio, que los recurrentes entienden violada por su extensión a las parejas homosexuales, el Constitucional traslada “la afirmación mantenida por el TEDH respecto del art. 12 CEDH consistente en que “en los años 50, el matrimonio era, evidentemente, entendido en el sentido tradicional (...)”<sup>36</sup>. Acudiendo igualmente a los debates constituyentes, la mayoría del TC interpretó que

“el art. 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, *lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo*, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, *pero tampoco significa que lo excluyera*” (FJ nº 8 *in fine*).

Llegados a este punto, el TC invocará el Derecho internacional como favorecedor de una interpretación evolutiva de la constitución que aproxime ésta a las realidades del momento, primándola sobre otros métodos de interpretación. Si bien es verdad que la decisión se adentra en encuestas de opinión nacionales y europeas (aspecto criticado por alguno de los Votos discrepantes<sup>37</sup>), entendemos que lo esencial del planteamiento radica en la noción de “cultura jurídica”, “que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla”. Para llevar a cabo esta interpretación de la Constitución como “árbol vivo”, el TC construye la referida noción desde

“la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica [...] el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de construcción jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes laboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición [...]” (FJ nº 9),

asumiendo además que

“en materia de la construcción jurídica de los derechos, (...) el camino de entrada de parte de estos elementos conformadores de la cultura jurídica, que por lo demás

---

<sup>36</sup> TEDH, *Schalk y Kopf c. Austria*, sentencia de 10 de julio de 2010, nº 30141/04, FJ 55. El TC, tanto en su sentencia como en los Votos particulares de algunos Magistrados, se refieren a una Sentencia de la Gran Sala de 22 de noviembre de 2010 que confirmó la decisión de la Sala. En todo caso, se ha de precisar que la decisión de la Gran Sala no fue una sentencia de ésta como tal, sino la de un comité de 5 jueces que rechazó el recurso de apelación contra la sentencia de la Sala; por ello aquí reenviaremos al lector a la sentencia de 10 de julio de 2010.

<sup>37</sup> *Vid.* sobre todo el Voto particular concurrente del Magistrado Manuel Aragón Reyes, que acusa a la mayoría de postular un “sociologismo jurídico” del que discrepa (FJ nº 1).

se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el recurso al art. 10.2 CE” (*ibid*).

“Cultura jurídica” e interpretación evolutiva quedan así entrelazadas en esta importante decisión del TC. Lo arduo es, en todo caso, interpretar cuál es el estado actual de esa “cultura jurídica”, toda vez que el reconocimiento de los matrimonios homosexuales ni es pacífico, ni mucho menos unánime, entre los diferentes Estados de la órbita occidental. Desde la óptica del Derecho internacional, el TC interpreta que, después de la sentencia *Schalk y Kopf* del TEDH, el art. 12 CEDH

“no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo” (*ibid*).

En un sentido similar se refiere al art. 9 CDFUE. Y es que en las *Explicaciones* de la Carta se deja bien claro que este artículo no es sino una versión remozada del art. 12 CEDH, eliminándose cualquier referencia al género para permitir que sean las legislaciones nacionales las que opten por una u otra forma de matrimonio. En conclusión, éste y otros argumentos de índole estrictamente constitucional (que aquí no nos competen) llevarán al TC a la conclusión crucial de la sentencia:

“El legislador español, como otros de nuestro entorno jurídico cercano, tenía varias opciones a su alcance a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo, y la opción escogida es respetuosa con los dictados del texto constitucional, sin que esta afirmación prejuzgue o excluya la constitucionalidad de otra” (*ibid*).

En lo que respecta al matrimonio como *derecho constitucional* que goza de la garantía de preservación de su contenido esencial frente a la libertad del legislador, el TC recuerda que de lo que aquí se trata es de determinar

“Si la nueva regulación supone un ataque al contenido esencial del derecho al matrimonio que el legislador debe respetar por imperativo del art. 53.1 CE [...] No estamos, pues ante una cuestión relativa a la ampliación del elenco de titulares del derecho individual, sino ante una modificación de las formas de su ejercicio” (FJ nº 10).

Si bien el TC reconoce una coincidencia entre garantía institucional y contenido esencial del derecho fundamental *en el caso del matrimonio*, vuelve a las referencias iusinternacionales que ya evaluó al referirse a aquel plano, o que le lleva a colegir que

“La ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, y esta modificación, una vez analizado el derecho comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y el derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la

tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales” (FJ nº 11)<sup>38</sup>.

Pero es que además, liga el reconocimiento de los matrimonios homosexuales con el mandato del art. 9.2 CE, de promover las condiciones efectivas para el disfrute de los derechos protegidos por la CE (punto que será rebatido por uno de los Votos particulares). Es en este sentido en el que nos referíamos anteriormente a la existencia de un conflicto de *valores* constitucionalmente tutelados desde la óptica de los recurrentes<sup>39</sup>.

Finalmente, en lo que se refiere a la posibilidad (que no el derecho) de adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, el TC deja la solución del problema en manos del juez nacional, caso por caso, y teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor. El órgano constitucional rechaza del plano que los poderes públicos puedan presumir el perjuicio del interés del menor (que fundamenta en abundante legislación nacional e internacional, entre ellas, la Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño) del hecho de que los adoptantes sean una pareja homosexual. Contribuye a tal conclusión el que el Tribunal de Estrasburgo, en su sentencia *Frette c. Francia*, se hubiera referido al amplio margen de apreciación nacional ofrecido por el CEDH para justificar el rechazo de las autoridades francesas de conceder la adopción a una persona que se declaró abiertamente homosexual<sup>40</sup>.

Los Votos particulares acogen una rica discusión en la que, por razones obvias, no podemos adentrarnos en esta sede. En general, se insiste en que la opción seguida por la Ley de matrimonios homosexuales requiere una reforma constitucional por la vía del art. 167 CE y se sugiere que la tendencia “evolucionista” atribuida a nuestra “cultura jurídica” es voluntarista. Desde la óptica del art. 10.2 CE, el Magistrado Ollero Tassara subraya los límites entre interpretación y lo que podríamos denominar “creación supraconstitucional”, al entender que

“Lo que en dicho artículo se propone como criterio de interpretación llega a cobrar categoría de norma supraconstitucional. Para lógico que tratados suscritos por

---

<sup>38</sup> Parte para ello de la despenalización de las conductas homosexuales (TEDH, *Dudgeon c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1981, nº 7525/76) y prosigue con la tutela antidiscriminatoria frente a las discriminaciones por razón de la orientación sexual (por todas, TEDH, *Salgueiro Da Silva Mota c. Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999, FJ 28).

<sup>39</sup> Referencia. Previamente ya había dejado atisbar la importancia en este caso del derecho a la igualdad *ex art. 14 CE* al referirse a la plena igualdad jurídica de los cónyuges en el seno de la institución jurídica matrimonial, “regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley” (FJ nº 10). Y ello, a pesar de centrar su razonamiento en la interpretación el art. 32 CE.

<sup>40</sup> TEDH, *Frette c. Francia*, sentencia de 26 de febrero de 2002, FJ nº 40. El TC también se refirió a la sentencia *P. V. c. España*, subrayando las diferencias fácticas del caso (denegación del permiso de visitas a un progenitor que se cambió de sexo tras el divorcio de los padres), pero recordando que en ésta el Tribunal de Estrasburgo afirmó que “en modo alguno resulta constitucionalmente admisible [...] presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de los progenitores” (sentencia de 30 de noviembre de 2010, nº 35159/09).

España, pese a su obvia generalidad, deban orientar a la hora de buscar salida ante posibles dudas hermenéuticas; pero no tanto convertir nuestra doctrina constitucional en una terminal vicaria de resoluciones ajenas” (FJ nº 6).

En nuestras palabras, se estima que de tanto buscar el sentir común de nuestra cultura jurídica, se termina por no tener sentido propio. Esta última cuestión reviste una particular relevancia por un motivo que expondremos enseguida. Y es que se observa en los Votos particulares (en el citado y en el del Magistrado Ramón Rodríguez Arribas) un interés en recordar que, dado el carácter abierto de la definición de matrimonio apreciable en nuestra “cultura jurídica” europea (cuya mejor expresión quizás sea el art. 9 CDFUE), la opción anterior a la Ley 13/2005 era más respetuosa con la Constitución y no afectaba a las obligaciones internacionales de España. En otras palabras, se aprecia una propensión a considerar que, desde el punto de vista del Derecho internacional, el concepto de matrimonio es una suerte de receptáculo vacío que ha de ser rellenado por el legislador de la manera que estime más conveniente: dado el amplio margen de discrecionalidad existente, cualquier opción brindada por éste a las parejas homosexuales iba a recibir el visto bueno judicial europeo, fuera desde Luxemburgo o desde Estrasburgo.

Sin negar la verdad que entraña este razonamiento (al menos desde el punto de vista iusinternacional), no podemos pasar por alto que el art. 9 CDF ha sido utilizado por el TEDH a efectos de interpretar el art. 12 CEDH<sup>41</sup>, lo cual reviste consecuencias que afectan a los matrimonios homosexuales una vez aprobada la Ley 13/2005. Recordemos que el citado artículo de la Carta elimina la referencia al “hombre y la mujer” ínsita en los arts. 12 CEDH y 32 CE. Pues bien, cabe preguntarse si el TEDH no opera finalmente una cierta “modificación” del art. 12 al integrar el art. 9 de la Carta en sus parámetros de interpretación evolutiva (en el sentido denunciado por algunos de los votos disidentes respecto de lo realizado por la Mayoría con el art. 32 CE). Y es que, aunque el art. 9 CDF deja a los Estados miembros la regulación de las condiciones del vínculo matrimonial, resulta legítimo plantearse si, una vez reconocidas las uniones homosexuales como matrimonio por parte de un Estado concreto, no sería posible para una pareja invocar en sede europea (Luxemburguesa o Estrasburguesa) un supuesto *concreto* de discriminación por razón de orientación sexual, apoyándose conjuntamente en la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH) y el derecho al matrimonio. A nuestro entender, tal “evolución” es permitida por el CEDH sin necesidad de enmienda del Convenio; cuestión diferente es que algunas sensibilidades constitucionales sean más rigurosas a la hora de aceptar una interpretación evolutiva del art. 32 de la CE.

*Asier Garrido Muñoz*

---

<sup>41</sup> REFERENCIA. Sobre el art. 9 CDFUE, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Art. 9”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.): *Carta Europea de Derechos Fundamentales. Comentario artículo por artículos*, Fundación BBVA, 2005, pp, 445 ss.

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

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de julio de 2012.**

Ponente: Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz. *RJ/2012/7084*  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 16 de julio de 2012.**

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. *RTC 2012/152*  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 17 de septiembre de 2012.**

Ponente: Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *RTC 2012/157*  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 1 de octubre de 2012.**

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. *RTC 2012/165*  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 1 de octubre de 2012.**

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. *RTC 2012/167*  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 15 de octubre de 2012.**

Ponente: Don Fernando Valdés Dal-Ré. *RTC 2012/179*  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 29 de octubre de 2012.**

Ponente: Don Fernando Valdés Dal-Ré. *RTC 2012/186*  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 15 de octubre de 2012.**

Ponente: Don Fernando Valdés Dal-Ré. *RTC 2012/179*  
*F.: Aranzadi (Westlaw)*

Las numerosas decisiones citadas en esta sección tienen en común un elemento: la doctrina sobre el cómputo de redención de penas por el trabajo en el caso de condenas acumuladas, popularmente conocida como “doctrina Parot”. Dictada por sentencia del Tribunal Supremo<sup>42</sup>, ha sido objeto de comentario en crónicas anteriores, por lo que para más detalles nos remitimos al análisis allí realizado<sup>43</sup>. Lo relevante de este grupo de sentencias (todas ellas muy breves), y el motivo por el que las exponemos, es que

---

<sup>42</sup> Tribunal Supremo, sentencia de 28 de febrero de 2006, Nº 197/2006.

<sup>43</sup> Por todas, la crónica de jurisprudencia, ya citada, del número 23 de esta *Revista*, pp. 30 ss.

que fueron dictadas después de la decisión del TEDH en la sentencia *Del Río Prada c. España*; como es sabido, condenatoria de España al considerar que la citada doctrina viola los artículos 7 y 5.1 CEDH (*nullum crimen sine ley* libertad y seguridad).

Ninguna de ellas revierte una doctrina primero consolidada por el Supremo, y confirmada años más tarde por el Constitucional. En realidad, no era necesario llegar a tal punto, porque en la sentencia del TS que ahora citamos se pudo casar el Auto de la Audiencia Nacional impugnado sobre la base de otros criterios ajenos a la legalidad *ex CEDH* del sistema de cómputo de penas, mientras que en lo que respecta a los recursos de amparo ante el TC, todos ellos fueron inadmitidos por no haberse agotado antes la vía de la casación penal ante el Supremo. En todo caso, es de destacar que los recurrentes en amparo se han apresurado a invocar la sentencia del TEDH ante el TC, lo que ya ha obligado al Ministerio Fiscal, como parte en estos asuntos, a pronunciarse sobre la no ejecutoriedad de la misma:

“[la sentencia *Del Río Prada c. España*] no afecta en este momento al presente caso, toda vez que dicha sentencia no tiene carácter definitivo, de conformidad con lo previsto en el art. 44.2 CEDH, al ser susceptible de revisión por la Gran Sala a solicitud de parte en el plazo de tres meses, debiendo estarse entre tanto a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en casos semejantes al presente desde la STC 39/2012 [...]”

El Gobierno español ya ha hecho pública su intención de ejecutar únicamente la decisión de la Gran Sala<sup>44</sup>. Téngase en cuenta, en todo caso, que ésta deberá pronunciarse no sólo sobre el fondo del asunto, sino (eventualmente) sobre la importante conclusión de la Sala de hacer excepción al principio de no ejecutoriedad de las sentencias del TEDH<sup>45</sup>, para declarar la obligación de España de poner en libertad a la recurrente a la mayor brevedad posible<sup>46</sup>. De producirse esta circunstancia, la “saga Parot” adquirirá una dimensión muy interesante que a buen seguro merecerá ser comentada en posteriores crónicas de esta *Revista*.

Asier Garrido Muñoz

---

<sup>44</sup>“Estrasburgo revisará la sentencia que condenó a España por la ‘doctrina Parot’, *El País*, [http://politica.elpais.com/politica/2012/10/23/actualidad/1350984330\\_298599.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/10/23/actualidad/1350984330_298599.html).

<sup>45</sup>Sobre la ejecución de las sentencias del TEDH, véase entre otros muchos, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “Naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y del TJCE”, en GARCÍA ROCA, J./*Idem*(Coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2010, pp. 171 ss.; así como el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*, 14 de febrero de 2008, E 1/2007, especialmente pp. 306 ss.

<sup>46</sup>TEDH, *Del Río Prada c. España*, FFJJ nº 81-83.

## **6. Internamiento psiquiátrico urgente y derecho de libertad personal**

### **Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 2 de julio.**

Ponente: don Ramón Rodríguez Arias, RTC 2012/141.

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

El TC se ha pronunciado por primera vez, desde la óptica de los derechos fundamentales, sobre las condiciones de un internamiento psiquiátrico urgente de carácter involuntario. El TC otorgó el amparo solicitado por el recurrente contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, de 21 de mayo de 2007, que ratificó el internamiento urgente involuntario por trastorno psiquiátrico en base en lo establecido en el art. 763 LEC; y contra el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, de 1 de abril de 2009, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el anterior, por considerar que se vulneró el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE). La argumentación del Tribunal tiene en cuenta, como corresponde al ámbito de los derechos fundamentales, “lo dispuesto en Tratados y Convenios internacionales suscritos por España”. Así, se remite al art. 9.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, y a la interpretación del Comité de Derechos Humanos de la ONU, con objeto de afirmar que el derecho de libertad personal resulta aplicable a todas las formas de privación de libertad, entre la que se encontrarían las enfermedades mentales, así como las condiciones que ha puesto de manifiesto el TEDH en el asunto *Winterwerp c. Holanda*, de 24 de octubre de 1979. Desde otro punto de vista, como se sabe, es también delicado fijar los límites en los tratamientos médicos a los que se someten a los pacientes, que pueden dar lugar a violaciones de los derechos fundamentales y que, como señalaba el informe del Relator especial contra la tortura Manfred Nowak en 1998, en el supuesto de sobrepasar ciertos límites podría constituir tratamientos inhumanos o degradantes<sup>47</sup>.

El internamiento urgente tiene la particularidad de que se presenta sin control judicial en un primer momento y, como destaca el propio Tribunal, afecta a un colectivo especialmente vulnerable (FJ nº 2). Por esta razón, se precisa que el internamiento esté sometido a la existencia previa de un informe médico, que acredite el trastorno, del que deberá informarse al afectado o su representante. El centro debe comunicar al juez el internamiento en el plazo de 24 h. y, desde ese momento, el juez tiene un plazo de 72 horas para resolver esta situación, tras la práctica de las medidas mencionadas. El plazo no se cumplió en este asunto, en el que el recurrente estuvo privado ilegalmente de su libertad entre el 7 de mayo de 2007 y el 16 de mayo de 2007, por lo que el TC concedió el amparo. En todo caso, en su argumentación se echa de menos una alusión a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 14.1.b), que no prohibiría el internamiento de una persona con discapacidad mental pero impediría que se justifique exclusivamente en la discapacidad, sin otras circunstancias, y exigiría que se adoptase de la forma más restrictiva posible.

*Javier Laso*

---

<sup>47</sup> BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blach, Valencia, 2011, p. 346 y ss.

**7. Derecho a la doble instancia penal. Aplicación de la doctrina del TEDH  
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de julio**

Ponente: Excmo. Sr. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro, STS 5679/2012

*F.: Cendoj*

Las reiteradas condenas del TEDH por revisión de una sentencia absolutoria, en la que se ha modificado la valoración de pruebas personales sin haber realizado un nuevo examen del acusado o los testigos<sup>48</sup>, han dado lugar a la modificación de la jurisprudencia del TC y del TS y, en consecuencia, a la falta de revocación de las sentencias absolutorias en esta circunstancia.

En este asunto, aunque acepta esta jurisprudencia, el TS vierte críticas extremadamente duras contra el TEDH. Según el TS, las decisiones del TEDH pretenden implantar “de facto” un modelo de recurso que se aproxima a la apelación plena, que “implica en cierto modo una injerencia desproporcionada en la regulación interna de los recursos de apelación y casación que genera una importante distorsión y disfuncionalidad en todo el sistema de los recursos en el ámbito procesal penal español” (FJ nº 4). Asimismo, considera que el TEDH ha “flexibilizado las exigencias de la legalidad penal desde la perspectiva de los requisitos de la previsión delictiva mediante una *lexscripta* y *stricta* para dar cabida a los ordenamientos jurídicos del *commonlaw* (...) Esta flexibilización o unificación a la baja choca frontalmente con la rígida y poco fundamentada homogeneización al alza que se imponen por la jurisprudencia del TEDH en relación con los recursos procesales en el ámbito penal” (FJ nº 4 *in fine*). Como puede comprobarse, la reforma de los procedimientos de apelación y casación parece cada vez más necesaria.

*Javier Laso*

## **V. ASILO Y APATRIDIA**

### **1. Derecho de asilo.**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), de 22 de junio de 2012.**

Ponente: Excmo. Srª. María Isabel PerellóDomenech, STS 4565/2012

*F.: Cendoj*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), de 18 de octubre de 2012.**

Ponente: Excmo. Srª. María Isabel PerellóDomenech, STS 6761/2012

*F.: Cendoj*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), de 31 de mayo de 2012.**

---

<sup>48</sup>*Vid.*, por todas, la Sentencia del TEDH, de 22 de noviembre de 2011, *Lacadena Calero c. España*.

Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, STS 3708/2012  
F.: *Cendoj*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), de 29 de mayo de 2012.**

Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil, STS 3629/2012  
F.: *Cendoj*

Las decisiones del TS que se ocupan en el marco de un recurso de casación de asuntos relativos a solicitudes del asilo y la concesión del estatuto de refugiado, así como de la protección por motivos humanitarios, además de referirse de forma casuística a las situaciones de cada solicitud, están limitadas por el propio objeto del recurso de casación. El TS no puede modificar la valoración de la prueba realizada por la sala de instancia, que queda definitivamente fijada o no, de acuerdo con las valoraciones que aporte el Tribunal de instancia. En el recurso de casación, en cambio, puede controlar la aplicación de los conceptos jurídicos, como la constatación de persecución, de forma que partiendo de unos mismos hechos se llegue a una conclusión distinta sobre si ha existido o no esta situación<sup>49</sup>.

A partir de este objeto, no resulta extraño el número limitado de asuntos en los cuales el TS declara haber lugar al recurso de casación, en la medida en que siempre parte de la secuencia de hechos probados en instancia y, además, se apoya en que la Sala de instancia no ha realizado una interpretación irracional o arbitraria. El TS declara en su jurisprudencia que el umbral de exigencia en la prueba debe ser siempre razonable, sin someterse a criterios restrictivos, y que se trataría de alcanzar “indicios suficientes” y no una prueba plena. Las meras alegaciones de sufrir persecución o mantener un relato genérico, sin apoyos documentales, no serían suficientes para avalar los temores fundados de persecución por las razones previstas en la normativa reguladora de esta materia, pero en ocasiones el tratamiento de las solicitudes, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional, resulta aparentemente riguroso<sup>50</sup>.

En la Sentencia 6761/2012, de 18 de octubre, se encontró un supuesto evidente de casación, en la medida en que la Sentencia de instancia no respondía a los relatos del solicitante en el momento de pedir asilo, tal y como aparecían en el informe del instructor, de forma que los motivos debían prosperar, según afirmó el Tribunal, “no sólo porque con toda evidencia una fundamentación jurídica que incurre en tal error no cumple los deberes de motivación y congruencia de las resoluciones judiciales (motivo primero), sino también porque una sentencia que responde a un caso distinto del enjuiciado bien puede entenderse que infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, entendida esta expresión en el sentido de tratarse de una resolución arbitraria por manifiestamente contraria a la justicia y la razón (motivo segundo)” (FJ no 5 *in fine*).

---

<sup>49</sup> STS 3629/2012, FJ nº 7.

<sup>50</sup> *Vid.*, sobre situaciones en las que se admitió el recurso de casación, *REEI*, 2011, núm. 22, p. 29 y ss.

El TS se pronunció, a continuación, sobre el fondo del asunto, en la medida en que las normas procesales (art. 95.2 c) y d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998), le sitúan en los términos del tribunal de instancia conforme a la plenitud de jurisdicción propia de esa posición (FJ 6). Así, desde esta posición constató que en el momento de presentar la solicitud de asilo la petición no cumplía las condiciones exigibles, pues

“No refería con la necesaria concreción hechos constitutivos de una persecución protegible por causas incardinables en la Convención de Ginebra de 1951” (FJ no 8), sin que tampoco se dieran las circunstancias para otro tipo de protección internacional contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, pues no siendo útiles a estos efectos los hechos expuestos en su solicitud de asilo por su propia inverosimilitud, tampoco el mero hecho de ser de etnia kurda implicaba una situación objetiva de riesgo que implicara una reconsideración de la cuestión (según se detalló en el informe de instrucción, sin que el recurrente lo haya desvirtuado) ni la situación sociopolítica de Siria en aquel momento exigía por sí misma dar protección a cualesquiera personas que provinieran de dicho país” (FJ nº 8).

El TS resalta que esa argumentación resultaba aplicable a la situación en Siria en el momento de presentar la solicitud de asilo en 2008; pero señala que existe un hecho que califica sin ambages de “notorio” y, en consecuencia, de innecesaria prueba, como era la situación de grave crisis civil en Siria. Después de rechazar que se pudiera considerar que las actividades personales realizadas después de abandonar Siria le hubieran convertido en refugiado sobrevenido, “sur place” (FJ nº 9), resalta la diferenciación existente entre las situaciones de quien solicita el derecho de asilo y consigue el estatuto de refugiado, por una parte, y quienes ven rechazada su solicitud y son autorizados a permanecer en España por razones humanitarias. Dentro de las causas humanitarias se encuentran algunas vinculadas con una situación de riesgo o conflicto en el lugar de procedencia, en particular, por causas de graves disturbios se hayan visto obligadas a abandonar su país o bien, desde una perspectiva más indeterminada, circunstancias personales del caso que justifiquen el uso de esta posibilidad (FJ nº 12). En consecuencia, tiene en cuenta el empeoramiento la situación existente en el momento en el que se resuelve el recurso jurisdiccional contencioso administrativo promovido frente a la resolución administrativa denegatoria (FJ no 13).

La diferenciación entre las dos situaciones, vinculadas en un caso con una persecución individual, y en otro con las razones humanitarias, también aparece en la STS 4565/2012, de 22 de junio, en la que aceptó (FJ nº 6) que a la hora de autorizar la permanencia en España por motivos humanitarios, debe tomarse en consideración la situación realmente existente en el momento en el que se dicta la resolución judicial de instancia, puesto que el espíritu y la finalidad “es proporcional al solicitante un mecanismo de protección y salvaguardia frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen” (FJ nº 6).

*Javier Laso*

## **VI. INMUNIDADES**

### **1. Inmunidad de las cuentas corrientes de las Embajadas**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 25 de junio de 2012.**

Ponente: Excmo. Sr. Jesús Souto Prieto, *RJ/2012/9582*

*F.: Aranzadi (Westlaw)*

Si bien son escasas las novedades que aporta el razonamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 2012, en materia de inmunidades de las Embajadas, no por ello deja de ser necesario de hacerle referencia. El origen del caso radica en un recurso de casación para la unificación de doctrina planteado interpuesto por la República de Chile contra la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de julio de 2011, alegándose infracción del art. 21.2 de la LOPJ. El fundamento jurídico que justifica el recurso es el contraste entre esta resolución y la sentencia del mismo órgano judicial, de 16 de mayo de 2006. En ambos casos se plantearon supuestos de hecho similares: dos decisiones judiciales en relación con el embargo determinadas cantidades existentes en diversas cuentas corrientes de las que es titular una Embajada (chilena, en el caso de la sentencia de 2011; surcoreana, en el caso de la sentencia de 2006), con la finalidad de ejecutar una indemnización por despido de la Embajada. No obstante, las conclusiones a las que se llegaron fueron diametralmente opuestas: en el caso chileno, se decidió que la cuenta de la embajada era embargable; en el surcoreano, lo contrario.

La sentencia del Tribunal Supremo sólo tuvo que volver a la jurisprudencia del TC, que dejó claro mediante sentencia 107/1992 lo siguiente:

“[...] del artículo 22.3 del Convenio de Viena de 1961 se deduce que no son en absoluto susceptibles de ejecución forzosa los bienes de la República de Sudáfrica situados en el recinto de su Embajada, incluida la sede misma. Ahora bien, la duda se plantea respecto de aquellos bienes del Estado extranjero que, sin estar en la sede de la Embajada ni estar expresamente mencionados en el art. 22.3 de la Convención de Viena de 1961, están destinados por el Estado extranjero al sostenimiento de su misión diplomática [...] esta inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, constituye una práctica internacional generalizada [...]” (FJ nº 5).

Se insiste también en la necesidad de “agotar” la actividad indagatoria sobre la existencia de otros bienes embargables, “en colaboración de los poderes públicos del Estado del Foro (España), y en especial, de su Ministerio de Asuntos Exteriores” [...]<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup>FJ nº 4.

No obstante, el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo se hubiera beneficiado de una referencia al art. 21.1a de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004 (a la que España accedió el 21 de septiembre de 2011, aunque todavía no se encuentra en vigor<sup>52</sup>). Se afirma en éste que “los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares [...]” no serán considerados bienes *iure gestionis* efectos de la adopción de medidas coercitivas posteriores al fallo.

*Asier Garrido Muñoz*

---

<sup>52</sup>*United Nations Treaty Series,*  
[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=III-13&chapter=3&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=III-13&chapter=3&lang=en)