

# CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA (JULIO-DICIEMBRE 2008)

**Juan Santos Vara**\*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II ELECCIÓN DE LOS JUECES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ. IV. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. DESAPARICIONES FORZADAS DE PERSONAS. V. ALTA MAR. DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA. VI. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2. CE.

## I. INTRODUCCIÓN

Los jueces y tribunales aplican, interpretan o se remiten a normas internacionales en numerosas resoluciones judiciales, por lo que esta crónica en modo alguno pretende recogerlas exhaustivamente. El objetivo es más modesto. Se han seleccionado las decisiones judiciales más novedosas desde la perspectiva del Derecho internacional y se han incluido algunas sentencias que, si bien no plantean cuestiones jurídicas nuevas, presentan un gran interés al interpretar o aplicar jurisprudencia previa.

Entre las decisiones judiciales incluidas en la presente crónica, se podría destacar el auto de 6 de febrero de 2008, en el que el juez Andreu decide procesar a 40 personas que han ocupado u ocupan puestos de gran responsabilidad en Ruanda por la comisión de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura y terrorismo. El auto del juez Andreu presenta un gran interés en relación con las normas en materia de inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado extranjero, el principio de jurisdicción universal y la relación de los jueces y tribunales españoles con el Tribunal Internacional para Ruanda. Se han incluido también en la presente crónica el auto del juez Pedraz de 5 de agosto de 2008, en el que se declaró competente para investigar la represión cometida por las autoridades chinas contra la población tibetana en los meses que precedieron a los juegos olímpicos de 2008, y el auto de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008, en el que se pone fin a la causa abierta por el juez Baltasar Garzón para investigar el levantamiento militar del 18 de julio de 1936 y las posteriores desapariciones forzadas que tuvieron lugar en los meses y años siguientes.

Se presta también especial atención a la sentencia de 16 de junio de 2008, en la que el Tribunal Supremo examina pormenorizadamente el problema de la delimitación de los espacios marítimos de las Islas Canarias. A pesar de que el Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982 prevé únicamente el principio archipelágico para medir la anchura de los

---

\* Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca. [savajuan@usal.es](mailto:savajuan@usal.es). La presente crónica se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado como Grupo de Excelencia GR 247 por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León.

espacios marítimos de los Estados archipelágicos, y no para los archipiélagos que forman parte de un Estado, el Tribunal Supremo alude a diversos argumentos para reivindicar el trazado de la línea archipelágica de las Islas Canarias.

## II. ELECCIÓN DE LOS JUECES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 27 de octubre de 2008.** Ponente: Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. RJ/2008/5842.

<http://www.westlaw.es>

La presente sentencia tiene su origen en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007, por el que se aprueba la terna de candidatos a proponer a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa para la elección del juez que corresponde a España en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Entre otros motivos, la APM alega que la propuesta del Consejo de Ministros vulneró el artículo 21 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por la falta de independencia e imparcialidad de los candidatos propuestos, ya que la carrera profesional del primero de los candidatos ha estado estrechamente vinculada al PSOE.

El Tribunal Supremo pone claramente de manifiesto que “el Tribunal de Estrasburgo no es una instancia extraña o ajena” a nuestro ordenamiento jurídico, ya que “el TEDH presta la tutela que los tribunales no hayan dispensado a quienes, sin embargo tengan derecho a ella y, de ese modo, hace efectivo el reconocimiento de aquellos derechos (los derechos fundamentales). Se erige, pues, en un ulterior y decisivo elemento del marco jurídico en el que actúan esos órganos judiciales”<sup>1</sup>.

Como es sabido, el procedimiento de elección de los jueces del TEDH está regulado por normas internacionales, pero también concurren normas internas, ya que cada Estado ha de proponer una terna de candidatos a la Asamblea Parlamentaria. Sin embargo, en nuestro país no existe un procedimiento jurídico preestablecido para la aprobación de la terna de candidatos. Por ello, el Tribunal se plantea si antes de adoptar la mencionada terna se debió abrir un proceso público para que aquellas personas, que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 21 del CEDH, puedan solicitar al Gobierno su inclusión en la lista de candidatos. El Tribunal Supremo estima acertadamente que el CEDH no prevé la apertura de un concurso de méritos para la designación de los jueces del TEDH. Si bien es cierto que la Recomendación 1649/2004 de la Asamblea Parlamentaria invita a los Estados a que se soliciten candidaturas a través de la prensa especializada, “ni el CEDH ni nuestro Derecho interno lo exigen por lo que omisión de tales pasos no vicia actos como el recurrido”<sup>2</sup>. Además, se lleva a cabo un examen comparativo de la selección de la terna de candidatos con los sistemas de designación de los Magistrados del Tribunal Supremo, de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial y de los Magistrados del Tribunal Constitucional, de lo que se deduce que el

---

<sup>1</sup> FJº Cuarto.

<sup>2</sup> FJº Sexto.

sistema previsto guarda una gran semejanza con el nombramiento de los Magistrados del Tribunal Constitucional, previsto en el artículo 159 C.E.

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

#### **Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 , de 6 de febrero de 2008**

El 22 de febrero de 2005, las familias de nueve españoles que fueron asesinados o desaparecieron en Ruanda presentaron (Joseph Vallmajo I Sala y otros), junto con varios grupos defensores de los derechos humanos, una demanda contra 69 personas, entre las que se encuentra el Presidente ruandés James Kagame y otros altos cargos relacionados con el Armé Patriotique Rwandais (APR) y su brazo político el Front Patriotique Rwandais (FPR). El juez Fernando Andreu Merelles considera que está suficientemente acreditado que el APR cometió entre 1990 y 2002 un gran número de crímenes con el objetivo de eliminar a los líderes políticos, intelectuales y otros miembros de la etnia hutu, incluyendo a sacerdotes y misioneros que se consideraban colaboradores con los hutus. A lo largo de las ciento ochenta páginas del auto se lleva a cabo una descripción minuciosa de los crímenes cometidos en Ruanda y en la vecina República Democrática del Congo (RDC). El juez Andreu ha recibido numerosas pruebas testificales, documentales y periciales en relación con los presuntos crímenes cometidos por la APR en Ruanda y en la RDC el período mencionado. Como resultado del exterminio llevado a cabo por la FPR, se asesinaron a más de cuatro millones de personas en ambos países, entre los que se incluyen los nueve españoles (Joaquín Vallmajo I Sala, Servando Mayor García, Julio Rodríguez Jorge, Miguel Ángel Isla Lucio, Fernando de la Fuente de la Fuente, M<sup>a</sup> Flors Sirera Fortuny, Manuel Madrazo Osuna, Luis Valtueña Gallego e Isidro Uzcudun Pouso). La investigación judicial en curso fue ampliada posteriormente a la extracción ilegal del coltán por el presidente Paul Kagame y personas de su entorno en el territorio de la RDC<sup>3</sup>.

Se estima que los crímenes cometidos podrían ser calificados como genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura y terrorismo. La jurisdicción española para investigar los hechos y procesar a los responsables se fundamenta en el artículo 23.4 de la LOPJ, en el que se prevé que los tribunales españoles son competentes para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como genocidio, terrorismo, piratería, genocidio, falsificación de moneda, prostitución y corrupción de menores, tráfico ilegal de drogas, inmigración clandestina de personas, la mutilación genital femenina, y “cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. A este respecto, el juez Andreu menciona la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984, el IV Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra y los Protocolos de 1977, el Convenio sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Si bien el juez no menciona otros casos previos de ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los jueces y tribunales españoles, el auto se basa en una concepción absoluta de la jurisdicción universal. Esta interpretación del principio de jurisdicción universal se

---

<sup>3</sup> Diario El País, 15 de marzo de 2009.

desprende claramente de la sentencia Guatemala del Tribunal Constitucional de 2005, posteriormente consolidada en su sentencia *Falung Gong* de 2007<sup>4</sup>. El juez instructor señala que están suficientemente acreditados los crímenes cometidos en Ruanda y en la RDC entre 1990 y 2002. Por ello, el juez Andreu decide procesar a 40 personas que han ocupado u ocupan puestos de gran responsabilidad en Ruanda por la comisión de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura y terrorismo, dictándose las oportunas ordenes de busca y captura a través de INTERPOL y las ordenes europeas de detención y arresto.

Por otra parte, el auto del juez Andreu presenta un gran interés en relación con las normas en materia de inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado extranjero. Aún cuando existen suficientes indicios para imputar al Presidente de Ruanda, Paul Kagame por la comisión de los graves crímenes anteriormente mencionados, el juez instructor estima que, dada su condición de Presidente de Ruanda, no puede ser objeto de acciones penales a la luz de lo previsto en el artículo 21 de la LOPJ. Al determinar la extensión y los límites de la jurisdicción española, el artículo 21 de la LOPJ establece que “se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público”. Esta conclusión es corroborada por numerosos precedentes judiciales tanto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, como del Tribunal Internacional de Justicia. A este respecto, se cita de forma pormenorizada el auto de la Sala de lo Penal de la Nacional de 4 de marzo de 1999, en el que se declaró la inmunidad del Presidente cubano Fidel Castro y la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, recaída en el caso Guatemala, en la que se afirmó que el ejercicio de la jurisdicción penal requiere la existencia de un punto de conexión con intereses nacionales<sup>5</sup>. Es sorprendente que se haga referencia a la sentencia Guatemala del Tribunal Supremo al examinar la inmunidad del Presidente ruandés. En aquella sentencia el Tribunal Supremo no se refirió precisamente a las normas internacionales en materia de inmunidad de los jefes de gobiernos extranjeros, sino que criticó la concepción absoluta de la jurisdicción universal. Consideramos más acertadas las amplias referencias que se incluyen a la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 11 de abril de 2002 en el asunto *Yerodia*<sup>6</sup>, en la que se pone claramente de manifiesto que ciertos altos cargos del Estado, como el Jefe de Estado, el de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores gozan de inmunidad de jurisdicción en otros Estados con el fin de asegurar el cumplimiento efectivo de sus funciones.

Finalmente, el juez Andreu reconoce la primacía del Tribunal Internacional para Ruanda sobre los jueces y tribunales españoles. Así, la Ley Orgánica 157/1998, de 1 de Julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda prevé que “cuando los tribunales españoles de la jurisdicción ordinario o militar fueran competentes (...) para juzgar hechos comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, iniciarán o continuarán las actuaciones, en tanto no sean requeridos de inhibición por el Tribunal internacional” (Art. 4)<sup>7</sup>. Sin embargo, la competencia del Tribunal Internacional para Ruanda se limita al genocidio y a las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre y núm. 227/2007, de 22 de octubre.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 327/2003, de 25 de febrero

<sup>6</sup> Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica) (Rec. 2002).

<sup>7</sup> B.O.E. de 2 de julio de 1998.

Ruanda o por ruandeses en los países vecinos entre el 1 de enero y el 21 de diciembre de 1994. Como hemos señalado anteriormente, el período investigado por el juez de la Audiencia Nacional es mucho más amplio. El presente procedimiento se centra en aquellos hechos que nunca han sido ni han podido hasta la fecha ser objeto de persecución penal, reconociéndose que el Tribunal Internacional para Ruanda sería el marco más adecuado para el enjuiciamiento de los hechos ocurridos durante 1994, y especialmente del tremendo exterminio sufrido por las personas de la etnia tutsi, “tan criminalmente deplorable como los hechos aquí enjuiciado, como lo es el hecho de que el presente procedimiento no se encuentra cerrado”<sup>8</sup>. A pesar del reconocimiento de la primacía del Tribunal Internacional para Ruanda sobre los jueces y tribunales españoles, no está claro que se haya comprobado efectivamente que los crímenes mencionados no han sido efectivamente investigados por el Tribunal Internacional para Ruanda<sup>9</sup>. Y por lo que se refiere a la determinación de si los responsables de la comisión de los crímenes que causaron la muerte de los nueve españoles han sido perseguidos por los tribunales locales, el juez Andreu señala que las autoridades ruandesas no han respondido a las solicitudes de información enviadas. No parece que las autoridades ruandesas estén dispuestas a cooperar con el juez español. En la sesión ordinaria de la Asamblea de la Unión Africana, que tuvo lugar en Sharm El-Sheikh, entre el 30 de Junio y el 1 de Julio de 2008, se adoptó una Decisión, en la que se afirma que “the political nature and abuse of the principle of universal jurisdiction by judges from some non-African States against African leaders, particularly Rwanda, is a clear violation of the sovereignty and territorial integrity of these States” y que “those warrants shall not be executed in African Union Member States”<sup>10</sup>.

#### **Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 1, de 5 de agosto de 2008**

El juez Santiago Pedraz aceptó la competencia de la jurisdicción española para investigar la represión cometida contra la población tibetana en los meses que precedieron a los juegos olímpicos de 2008. Se afirma en el auto que las autoridades chinas llevaron a cabo a partir del 10 de marzo de 2008 un ataque generalizado y sistemático contra la población civil tibetana, que causó 203 muertes, más de mil heridos graves y 5.972 detenciones y desapariciones. Los hechos que se imputan a Lian Guanglie, Ministro de Defensa, Geng Huichang, Ministro de Seguridad del Estado y Viceministro de Seguridad, y a otras cinco altas autoridades del Gobierno chino constituirían un delito de lesa humanidad, tipificado en el artículo 609 bis del Código Penal, “dada la supuesta causación intencionada de muerte o lesiones graves, la desaparición forzada, la detención y privación de libertad con infracción de las normas internacionales al efecto, y las torturas denunciadas”<sup>11</sup>. A los efectos de la mencionada disposición del Código Penal, el juez Pedraz estima que la población tibetana constituiría “un grupo o colectivo perseguido por las autoridades citadas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, u otros

---

<sup>8</sup> Auto de 6 de febrero de 2008, p. 150.

<sup>9</sup> COMMENTATOR: “The Spanish Indictment of High-ranking Rwandan Officials”, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, n.º 6, p. 1008.

<sup>10</sup> Esta decisión se adoptó sobre la base del informe presentado por la Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/14 (XI). Para un examen minucioso de esta cuestión, vid. V. MARTÍN: “African Mistrust of Northern Justice”, FRIDE (available at <http://www.fride.org/publicacion/539/recehos-africanos-ante-la-justicia-del-norte>).

<sup>11</sup> Auto de 5 de agosto de 2008, p. 2.

motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”<sup>12</sup>.

La apertura de esta investigación se basa en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Sin embargo, el juez Pedraz no especifica que el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los jueces y tribunales españoles en este caso se fundamenta en el apartado 4 del artículo 23 LOPJ. No habría estado de más una mayor concreción a este respecto si tenemos en cuenta que en el artículo 23 LOPJ no sólo se recoge el principio de jurisdicción universal, sino también los principios de territorialidad, personalidad y protección de intereses. Este nuevo caso vendría a sumarse a las investigaciones que se están llevando a cabo sobre la persecución de los miembros del movimiento espiritual *Falung Gong* y al presunto genocidio del pueblo tibetano, cometido a raíz de la invasión y posterior ocupación del Tibet, de las que hemos dado cuenta en las crónicas anteriores<sup>13</sup>. El Gobierno chino ha expresado su malestar por la apertura de estas investigaciones por parte de la Audiencia Nacional<sup>14</sup>. Este hecho, junto con la existencia de otras causas pendientes ante la Audiencia Nacional que afectan a dirigentes de otros países, entre los que se encuentran Israel, Ruanda o Estados Unidos, ha motivado a los dos partidos políticos mayoritarios (PSOE y PP) a consensuar una modificación del artículo 23 de la LOPJ a fin de limitar el alcance del principio de jurisdicción universal. La reforma pretende vincular el ejercicio de la jurisdicción universal a la concurrencia de un nexo de conexión con intereses españoles, tal y como viene reivindicando en los últimos tiempos la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo<sup>15</sup>. Es curioso que el Gobierno solamente ha sentido la necesidad de limitar el alcance de la jurisdicción universal cuando se han planteado casos que afectan a China, Israel y Estados Unidos.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 921/2008, de 29 diciembre.** Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García. *RJ/2008/8021*. (<http://www.westlaw.es>)

Una vez más el Tribunal Supremo procede a anular una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que el Tribunal canario declaró que España carecía de jurisdicción para poder juzgar a los patronos o responsables de los cayucos interceptados más allá de las aguas territoriales españolas. El Servicio Marítimo de la Guardia Civil apresó una patera con 27 inmigrantes indocumentados a 15 millas de las costas de Fuerteventura. De este modo, el Tribunal Supremo sigue poniendo freno a la pretensión de la Audiencia de Las Palmas de evitar, probablemente, la sobrecarga de trabajo que se puede derivar del tráfico ilegal de inmigrantes a través del mar.

El Tribunal Supremo se refiere a la cláusula final del artículo 23.4 de la LOPJ, en la que se atribuye jurisdicción a los jueces y tribunales españoles para el conocimiento de los

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Crónica sobre la Aplicación Judicial del Derecho Internacional Público en España”, *REEI*, n.º 12, 2006 y *REEI*, n.º 13, 2007. En relación con el caso *Falung Gong*, vid. el comentario de J. M. BAUTISTA JIMÉNEZ: “Crónica sobre la Aplicación Judicial del Derecho Internacional Público en España”, *REEI*, n.º 15, 2008. Para un estudio minucioso del caso *Tibet*, se puede consultar J. SANTOS VARA: “Fundación Casa del Tibet and ors v Jiang Zemin and ors, Appeal Decision No. 196/05; ILDC 1002 (ES 2006), January 2006”, *International Law in Domestic Courts*, 2009, <http://ildc.oxfordlawreports.com/>

<sup>14</sup> Diario El País, 7 de mayo de 2009.

<sup>15</sup> Diario El País, 1 de febrero de 2009, 19 de mayo de 2009 y 22 de mayo de 2009.

hechos cometidos fuera del territorio nacional que, según los tratados o convenios internacionales concluidos por España, deban ser perseguidos en nuestro país. Es el Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención sobre la Delincuencia Transnacional Organizada de 2000, el instrumento jurídico que sirve al Tribunal Supremo para justificar la competencia de nuestros tribunales en los delitos referidos a la emigración ilegal<sup>16</sup>. En este caso, no se recogen de forma pormenorizada las normas internacionales que fundamentan la actuación de los órganos jurisdiccionales españoles, remitiéndose a su jurisprudencia anterior.

#### **IV. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. DESAPARICIONES FORZADAS DE PERSONAS**

**Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 2 de diciembre de 2008.** Ponente: Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez. *JUR/2009/47600*. (<http://www.westlaw.es>)

No es posible en la presente crónica llevar a cabo un estudio minucioso de la causa abierta por el juez Baltasar Garzón para investigar el levantamiento militar del 18 de julio de 1936 y las posteriores desapariciones forzadas que tuvieron lugar en los meses y años siguientes. Por esta razón, nos referiremos únicamente a aquellas cuestiones que presentan un gran interés desde la perspectiva del Derecho internacional y, en particular, se examinará en que medida aquellos desgraciados hechos de nuestro pasado pueden ser catalogados como crímenes contra la humanidad, si bien esta noción surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Antes de nada es preciso realizar una breve presentación del desarrollo de este enredo judicial. El 16 de octubre de 2008, el juez Garzón se declaró competente para investigar los presuntos delitos permanentes de detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad, y acordaba la realización de distintas diligencias, entre las que destacaba, la realización de distintas exhumaciones solicitadas por las partes en la causa. El juez instructor señaló que la competencia le viene atribuida por la comisión de presuntos delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, ya que “la insurrección se llevó a cabo con una muy concreta finalidad, acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismos que lo representaban, y como instrumento para que los crímenes contra la humanidad y la propia confrontación bélica estuvieran servidas. Sin aquella acción nada de lo sucedido se hubiera producido. De ahí que el delito contra los altos organismos de la Nación vaya unido de forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso, la muerte sistemática, la desaparición forzada (detención ilegal) de personas, sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros”<sup>17</sup>. El 21 de octubre siguiente, el Ministerio Fiscal recurrió ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la decisión de Garzón. Posteriormente, el propio juez instructor acordó declarar extinguida la responsabilidad penal por fallecimiento de Francisco Franco y otros 44 miembros de sus Gobiernos y jefes de Falange a los que acusaba de los delitos anteriormente mencionados, y decidió, por otra parte, inhibirse a favor de los Juzgados de Instrucción territoriales en lo que se refiere a las fosas identificadas<sup>18</sup>. Finalmente, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declara la falta

<sup>16</sup> Esta cuestión ha sido examinada minuciosamente en las últimas Crónicas sobre la Aplicación del Derecho Internacional Público en España: *REEI*, n.º 12, 2006; n.º 14, 2007; n.º 15, 2007; y n.º 16, 2008.

<sup>17</sup> FJº Décimosegundo, auto de 16 de octubre de 2008.

<sup>18</sup> Auto de 18 de noviembre de 2008.

de competencia del Juzgado Central núm. 5 para investigar los delitos anteriormente mencionados. Las razones alegadas por la Audiencia Nacional son que el delito de rebelión nunca ha sido competencia de la Audiencia Nacional y que no es posible exigir la responsabilidad penal de personas fallecidas.

El juez Garzón comienza el auto de 16 de octubre de 2008 afirmando que “los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad”, y que “con este procedimiento no se trata de hacer una revisión en sede judicial de la Guerra Civil española”<sup>19</sup>. Garzón afirma que el propósito es únicamente investigar la desaparición forzada de miles de personas. A pesar de las dificultades que plantea la investigación de unos hechos tan lejanos en el tiempo, el juez Garzón señala que los crímenes cometidos con posterioridad al 17 de julio de 1936 ya estaban tipificados en aquella época como actos prohibidos por el *ius in bello*. A continuación, señala que no presenta duda alguna el carácter de crímenes contra la humanidad de los hechos denunciados a la luz del artículo 607 bis del Código Penal y del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998. Entre los numerosos precedentes que se citan en relación con los crímenes contra la humanidad, destacan el Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 8 de septiembre de 1945 y los trabajos del Comité de Codificación de Derecho Internacional que se creó, en el marco de las Naciones Unidas, para elaborar un Código Criminal Internacional en donde se reflejarían los principios recogidos en el Estatuto de Nüremberg y la sentencia del Tribunal.

Por lo que se refiere al problema de la irretroactividad de la ley penal cuando se trata de delitos contra la humanidad introducidos en nuestro Código Penal con posterioridad a los hechos denunciados, el juez Garzón se basa en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia *Scilingo* de 1 de octubre de 2007<sup>20</sup>. En la sentencia *Scilingo*, el Tribunal Supremo consideró que los crímenes de lesa humanidad, introducidos en el Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, no podían ser aplicados a hechos sucedidos con anterioridad como consecuencia del principio de legalidad<sup>21</sup>. A esta dificultad habría que añadir la inexistencia de una definición expresa de este tipo de crímenes en instrumentos internacionales hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus antecedentes en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* la Ex Yugoslavia y Ruanda. Ahora bien, como reconoce el Tribunal Supremo, ello no quiere decir que la existencia de los crímenes no estuviera reconocida con anterioridad como demuestran los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio, pero la tipificación de esta clase de crímenes se llevaría a cabo en virtud del derecho consuetudinario. El problema es que el derecho consuetudinario no proporciona el nivel de precisión en la definición de las conductas delictivas requerida por nuestro ordenamiento jurídico<sup>22</sup>. En todo caso, el Tribunal Supremo señala que, en el contexto de un ataque sistemático contra la población civil,

<sup>19</sup> FJ Primero, auto de 16 de octubre de 2008.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 798/2007, de 1 de octubre. Para un examen de las consecuencias de la sentencia *Scilingo*, vid. WILSON, R. J.: “Spanish Supreme Court Affirms Conviction for Argentine Former Naval Officer for Crimes Against Humanity”, *ASIL Insights*, vol. 13, 30 January, 2008, disponible en <http://www.asil.org/insights080130.cfm>.

<sup>21</sup> FJº Sexto, 4, sentencia *Scilingo*.

<sup>22</sup> FJº Sexto, 4, sentencia *Scilingo*.

determinados crímenes comunes como los asesinatos, torturas o detenciones ilegales pueden considerarse como crímenes contra la humanidad<sup>23</sup>.

En aplicación de la doctrina *Scilingo*, el juez Garzón afirma que “aunque los crímenes contra la humanidad no estaban vigentes como tales en el momento del comienzo de la ejecución de los mismos, ya entonces formaban parte del contexto en el que se cometieron los delitos en particular, que, aunque estaban tipificados, como tales hechos delictivos, no fueron cometidos como delitos aislados, sino como una parte de un plan de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población”<sup>24</sup>. En consecuencia, no se habría vulnerado el principio de irretroactividad penal, pues se trata de crímenes que “ya eran conductas delictivas en el momento del comienzo de su ejecución, poco antes de la guerra civil y siguen cometándose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes”<sup>25</sup>. En nuestra opinión, es correcta la interpretación de que los hechos investigados presentan la apariencia de crímenes contra la humanidad y que no se produce vulneración alguna del principio de irretroactividad de las normas penales. Sin embargo, el fallecimiento de los responsables de tales crímenes constituye un hecho público y notorio. Como hemos afirmado anteriormente, ante la limitada extensión de esta crónica no es posible examinar las implicaciones jurídicas y políticas del enredo judicial puesto en marcha por Garzón para investigar la insurrección franquista y los crímenes cometidos por el franquismo. No cabe duda que las víctimas tienen el derecho a ser resarcidas y el Estado la obligación de hacer todo lo que esté en su mano para disminuir las consecuencias de tales crímenes. Sin embargo, la solución se encuentra más bien en la implementación de las diversas medidas que prevé la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como la Ley de Recuperación de la Memoria Histórica, y no en la vía judicial.

## V. ALTA MAR. DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 16 de junio de 2008.** Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde. RJ/2008/4207.

(<http://www.westlaw.es>)

En la presente sentencia el Tribunal Supremo se adentra en el problema de la delimitación de los espacios marítimos de las Islas Canarias. Como se mostrará a continuación, el razonamiento del Tribunal Supremo tiene el mérito de reivindicar el trazado de una línea archipelágica entorno a las Islas Canarias, pero desde una perspectiva jurídica incurre en ciertas incoherencias. Veamos, antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia, los hechos que subyacen detrás de la misma. La Administración General del Estado interpuso un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2003, sobre la concesión de la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para el amarre e instalación de un cable submarino por parte de la empresa Telefónica entre las islas de Gran Canaria y Tenerife. La Audiencia Nacional anuló en la sentencia de

---

<sup>23</sup> FJº Sexto, 8, sentencia *Scilingo*.

<sup>24</sup> FJº Noveno, auto de 16 de octubre de 2008.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

instancia la cláusula del pliego de condiciones de concesión, en la medida en que se incluía para la fijación del canon, la superficie ocupada que transcurre por la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Sobre la base de lo previsto tanto en el artículo 132.2 de la Constitución y del artículo 3.3 de la Ley de Costas, como en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la Audiencia Nacional estimó que la instalación de un cable submarino que discurre por la zona económica exclusiva y la plataforma continental “no puede ser gravado si no afecta a los recursos naturales de dichas zonas, pues es su afectación a los recursos naturales lo que determina el carácter demanial de la zona”. Esta conclusión es consecuencia de que el Derecho internacional otorga únicamente a los Estados ribereños soberanía a los efectos de la exploración y explotación de los recursos de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental. Ello no obsta a que el tendido de cables submarinos en ambos espacios marítimos se encuentre sujeto al consentimiento del Estado ribereño, el cual puede establecer condiciones para la entrada de cables o tuberías en su territorio con arreglo a lo previsto en el artículo 79.3 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En definitiva, la Audiencia Nacional consideró que la instalación del citado cable submarino sólo puede estar sujeta al pago de un canon cuando la Administración del Estado demuestre que dicha instalación afecta a los recursos naturales existentes en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental.

Si bien la parte concesionaria de la instalación del cable submarino no cuestionó la procedencia del abono del correspondiente canon en relación con la parte de la instalación que transcurre por el mar territorial, el Tribunal Supremo lleva a cabo un examen minucioso de la regulación del mar territorial en nuestro país. Así, el artículo 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero estableció que el Estado español ejerce su soberanía sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo y los recursos de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente<sup>26</sup>. También recuerda el Tribunal Supremo que el legislador español optó por el sistema de líneas de base rectas a los efectos de la determinación del límite exterior del mar territorial y a la hora de trazar las líneas de equidistancia para la delimitación de los espacios marítimos con los Estados vecinos. Por lo que se refiere a las Islas Canarias, el Real Decreto 2510/1977, de 5 agosto por el que se procedió a delimitar las líneas de base rectas de las aguas jurisdiccionales españolas, establece las líneas de base rectas alrededor de las Islas de Gran Canaria, Tenerife, El Hierro y la Palma, e incluye en un solo polígono a las islas de Lanzarote, Fuerteventura, Alegranza, Graciosa, Montaña Clara y Lobos<sup>27</sup>. En el caso de la Gomera, no se ha trazado la línea de base rectas, por lo que la anchura de los espacios marítimos se mide a partir de la línea de bajamar.

Posteriormente, en la Ley 15/1978, de 20 de febrero se afirma que la zona económica exclusiva “se extiende desde el límite exterior del mar territorial español hasta una distancia de doscientas millas náuticas, contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura de aquel” (Art. 1.1)<sup>28</sup>. Esta Ley introduce en relación con los archipiélagos españoles el “principio archipelágico”, de forma que “el límite exterior de la zona económica se medirá a partir de las líneas de base rectas que unan los puntos extremos de las islas e islotes que respectivamente los componen, de manera que el perímetro resultante siga la configuración general de cada archipiélago” (Art. 1.1). Sin

---

<sup>26</sup> B.O.E. de 4 de enero de 1977.

<sup>27</sup> B.O.E. de 30 de septiembre de 1977.

<sup>28</sup> B.O.E. de 23 de febrero de 1978.

embargo, como es sabido, el Gobierno no ha procedido a desarrollar esta previsión legal, de modo que los archipiélagos españoles siguen careciendo de una zona económica exclusiva. Por ello, el Tribunal Supremo afirma que el Estado pretende cobrar un canon por el tendido de un cable submarino en las aguas archipelágicas que el Gobierno podría haber trazado<sup>29</sup>. En estas circunstancias las doce millas de extensión del mar territorial no se podrían medir a partir “del perímetro resultante (que) siga la configuración general de cada archipiélago”, como prevé el artículo 1.1. de la Ley 15/1978.

El Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para reclamar al Gobierno de la Nación que proceda a establecer en relación con los dos archipiélagos españoles las líneas archipelágicas para delimitar los espacios marinos. Se alude en términos generales a los dos archipiélagos, pero en realidad se está refiriendo a las Islas Canarias. El Tribunal Supremo muestra un gran interés en poner de manifiesto las importantes repercusiones económicas que el trazado de la línea archipelágica tendría para nuestro país, ya que las aguas situadas dentro de esta línea serían consideradas “como aguas españolas archipelágicas o interiores del archipiélago español, pero no mar territorial (...). Así, por otra parte, lo considera el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, (...)”<sup>30</sup>. De haberse trazado el mencionado perímetro alrededor del archipiélago canario, el cable interinsular por el que el Estado pretende el cobro de un canon se situaría en el interior de la líneas archipelágicas. A este respecto, es necesario realizar una precisión muy importante. El Tribunal Supremo equipara la condición jurídica de la aguas archipelágicas con las aguas interiores, lo cual no es cierto. Tal y como se deduce claramente del artículo 50 de la Convención de Montego Bay, las aguas archipelágicas se encuentran entre las aguas interiores y las territoriales.

A pesar de que el Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982 prevé únicamente el principio archipelágico para medir la anchura de los espacios marítimos de los Estados archipelágicos, y no para los archipiélagos que forman parte de un Estado, el Tribunal Supremo alude a diversos argumentos para reivindicar el trazado de la línea archipelágica de las Islas Canarias. En primer lugar, los cambios introducidos en el Estatuto de Autonomía de Canarias mediante la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre avalarían esta pretensión al referirse al Archipiélago Canario a la hora de determinar el ámbito territorial de la Comunidad<sup>31</sup>. En este sentido, se mencionan las Propositiones de Ley 122/000048, sobre Delimitación de los espacios marítimos de Canarias y 127/00007, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, en las que se proponía la delimitación de los espacios marítimos de Canarias a partir de un polígono trazado sobre la base de rectas archipelágicas. En segundo lugar, la consideración de Canarias como región ultraperiférica (RUP) en virtud del artículo III-424 de la Constitución Europea requerirían proceder a delimitar las aguas de Canarias “en condiciones similares a las establecidas por Portugal para otras RUP europeas – como son Madeira y Azores- se nos impone (...) como imprescindible en un marco de igualdad dentro de la propia Unión Europea”<sup>32</sup>. Es llamativo que se aluda a una disposición de la difunta Constitución Europea en lugar de referirse al Tratado de la Comunidad Europea (CE) o al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

---

<sup>29</sup> FJº Séptimo.

<sup>30</sup> FJº Sexto.

<sup>31</sup> *B.O.E* de 31 de diciembre de 1996.

<sup>32</sup> FJ 8º Octavo.

(TFUE), pues en ambos Tratados se regula el régimen de las RUP<sup>33</sup>. En tercer lugar, si bien el artículo 47 de la Convención de Montego Bay permite a los Estados archipelágicos trazar líneas de base archipelágicas, no se excluye la posibilidad de que los Estados mixtos como España tracen este tipo de líneas. Se aboga, así, por la superación de la distinción entre Estados archipelágicos y Archipiélagos de un Estado, sobretudo en aquellos casos en los que la parte archipelágica del mismo está dotada de autonomía política y es titular de competencias exclusivas y compartidas sobre determinadas materias. En cuarto lugar, el Tribunal Supremo menciona varios ejemplos de determinados Estados mixtos que han procedido a trazar las líneas exteriores de sus archipiélagos: Noruega respecto a las Islas Spitzberg, Ecuador respecto a las Islas Galápagos, Dinamarca respecto a las Islas Feroe, etc. Por último, en opinión del Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 18 de diciembre de 1951, recaída en el Asunto de las Pesquerías Anglo-noruegas vendría también a avalar la pretensión española<sup>34</sup>. En aquella sentencia, el Tribunal de La Haya confirmó el derecho de Noruega a establecer una zona exclusiva de pesca que incluía las aguas encerradas por un sistema de líneas rectas que unían los puntos más salientes de las islas de su Sjaergaard o archipiélago costero.

Finalmente, al no haberse trazado la línea archipelágica de las Islas Canarias, el conflicto ha de resolverse, en opinión del Tribunal Supremo, sobre la base de las líneas trazadas para cada una de las islas por el Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto. El Tribunal Supremo confirma el razonamiento de la Audiencia Nacional, en el sentido de que el cable telefónico discurre por la zona económica exclusiva y la plataforma continental y, en consecuencia, el Estado no puede reclamar el pago de un canon, a menos que demuestre que el trazado del cable ha afectado a los recursos naturales de estos espacios marítimos. En su afán por reclamar el trazado de la línea archipelágica, el Tribunal Supremo incurre en una clara contradicción, pues si no se han delimitado la zona económica exclusiva de las Islas Canarias, las aguas situadas entre las Islas de Gran Canaria y Tenerife más allá de las doce millas no formarían parte de este espacio marítimo, sino del alta mar. A pesar de lo bienintencionada de la reivindicación del Tribunal Supremo, no es cierto que la diferenciación contenida en la Convención sobre el Derecho del Mar entre los Estados archipelágicos y los Estados mixtos no constituya un gran obstáculo para el establecimiento de líneas perimetrales alrededor de las Islas Canarias. También se omite completamente en la sentencia otra de las grandes dificultades para solventar el problema de la delimitación de la zona económica exclusiva, a saber la necesidad de lograr el acuerdo con los países vecinos (hacia el norte y noreste con Portugal y Marruecos y el este con Marruecos), ya que el Convenio de Montego Bay prevé que la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental entre Estados con costas situadas frente a frente “se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llevar a una solución equitativa”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Arts. 299.2 CE y 349 TFUE.

<sup>34</sup> Asunto de las Pesquerías Anglo-noruegas (Rec. 1951).

<sup>35</sup> Arts. 74 y 83 de la Convención de Naciones sobre el Derecho del Mar de 1982. Para un estudio minucioso de la problemática que presenta la delimitación de las aguas del archipiélago canario, vid. LANCLETA MUÑOZ, J. M.: “Las aguas del archipiélago canario en el Derecho Internacional del mar actualmente vigente”, Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo 31/2005, 13/6/2005.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª), núm. 25/2008 de 2 de julio.** Ponente: Excmo. Sr. Julio de Diego López. *JUR/2009/95892*.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), núm. 28/2008 de 22 de julio.** Ponente: Excmo. Sr. Fermín Javier Echarri Casi. *JUR/2009/95551*.  
(<http://www.westlaw.es>)

Como hemos puesto de manifiesto en las crónicas anteriores, en los casos en los que se ha procedido al apresamiento en alta mar de buques extranjeros dedicados al tráfico de drogas, los implicados en este tipo de delitos suelen alegar, en los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo, la falta de respeto de las previsiones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar de 1982 y de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Mientras que el artículo 92 de la Convención de Montego Bay prevé que los buques estarán sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, el artículo 108 señala que todos los Estados cooperarán en la represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar. Este principio general de cooperación es desarrollado a través del artículo 17 de la Convención de Viena de 1988, en el que se exige la autorización previa del Estado del pabellón para poder proceder a abordar e inspeccionar la nave en alta mar.

En los dos casos se trataba de buques de los que se desconocía su nacionalidad en el momento de autorizarse el abordaje por los juzgados centrales de instrucción de la Audiencia Nacional. Mientras que en el primer caso el buque enarbolaba el pabellón de EE.UU., figurando el puerto de registro tapado con pintura azul y no estando visible el número de registro que llevan las embarcaciones de la citada bandera, en el segundo caso no se disponía de dato alguno respecto a su nacionalidad. Por esta razón, en el segundo caso, el Juzgado Central de Instrucción nº 2 dictó un auto el 20 de febrero de 2006 complementario al de la autorización del abordaje (17 de febrero de 2006) en el que señalaba “que en el caso de que antes del abordaje dicha embarcación ostentase Pabellón perteneciente a cualquier país y que este fuere visible, antes de proceder a su abordaje debería solicitarse por los funcionarios que llevan a cabo el mismo, la correspondiente autorización a través de las Autoridades correspondientes y debiendo participarse a este Juzgado la mencionada autorización”<sup>36</sup>. A la postre resultó que en el primer caso el buque enarbolaba un pabellón de conveniencia y, en el segundo caso, el buque había sido abanderado por Guinea Bissau. Una vez conocida el pabellón se procedió a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de comunicar las medidas adoptadas al Consulado del país al que pertenezca la embarcación.

La calificación jurídica en ambas sentencias es similar. Así, se recuerda que la jurisdicción del pabellón del buque, tal y como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo 178/2006, de 16 de febrero, no constituye un principio de valor universal. Es preciso recordar que para que proceda el reconocimiento de la nacionalidad de los buques “ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque”<sup>37</sup>. Este vínculo no existe en los denominados pabellones de conveniencia

---

<sup>36</sup> FJº Segundo.

<sup>37</sup> Art. 91.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

cuando responden a planteamientos fraudulentos o fines delictivos<sup>38</sup>. Para reforzar su razonamiento, la Audiencia Nacional menciona también en la sentencia de 22 de julio la Convención sobre Alta Mar de Ginebra de 1958 y la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. Por otra parte, la jurisdicción española para el conocimiento de los hechos se fundamenta en ambas sentencias en el principio de jurisdicción universal, previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ, en el que se incluye, entre otros delitos, el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. Finalmente, la Audiencia Nacional concluye que se ha respetado escrupulosamente las exigencias previstas en las normas internacionales en relación con el abordaje de buques en alta mar.

Además de examinar en detalle las previsiones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes de 1988, la Audiencia Nacional distingue claramente entre la obtención del permiso para la autorización del abordaje y la eventual violación de los derechos fundamentales de las personas a bordo del buque. Así, el Tribunal Supremo ha señalado constantemente que el incumplimiento de las normas que exigen la autorización del Estado del pabellón “no determina la vulneración de los derechos de los acusados, ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio derecho penal internacional”<sup>39</sup>. El incumplimiento de la norma que requiere la autorización del Estado del pabellón afectaría únicamente a las relaciones entre los Estados partes de la Convención de Viena de 1988, pero no afectaría a los procesos penales en curso.

## VI. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2. CE

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 176/2008, de 22 diciembre.** Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. *RTC/2008/176*.  
(<http://www.westlaw.es>)

La presente sentencia tiene su origen en un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de mayo de 2005, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo, en la que se acordó modificar el régimen de visitas del recurrente a su hijo menor de edad. La restricción del régimen de visitas fue instada por la madre del menor, alegando la transexualidad del padre y el pretendido desinterés de éste respecto del niño. Si bien el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado, manifiesta que su decisión final no se basa en la transexualidad del padre, sino en la protección del interés del menor. El Tribunal Constitucional recuerda que la discriminación de los transexuales está prohibida por el artículo 14 C.E. y atenta contra la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1. C.E. Asimismo, el Tribunal Constitucional se vale del cauce interpretativo del artículo 10.2 de nuestra Constitución para interpretar el artículo 14 C.E. A este respecto, se cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que, al analizar el alcance del artículo 14 del CEDH, se ha afirmado que la orientación sexual es una noción que se puede considerar incluida en dicho artículo, de modo que las diferencias basadas en la orientación sexual exigen

<sup>38</sup> FJº Segundo de ambas sentencias.

<sup>39</sup> FJº Segundo de la sentencia 28/2008.

razones especialmente importantes para ser justificadas<sup>40</sup>. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional señala que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo, contemplada en el artículo 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, comprende la discriminación basada en la orientación sexual<sup>41</sup>. Por último, se cita también el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad, que se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación, y el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el que se contempla expresamente la prohibición de ejercer cualquier discriminación por razones de orientación sexual. En conclusión, el Tribunal Constitucional afirma que “la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, (debe) calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el Art. 14. C.E.”<sup>42</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estima que la transexualidad del recurrente no es la causa que motivó la restricción del régimen de visitas a su hijo, sino la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa, la cual puede incidir muy negativamente en el desarrollo del menor.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 13 de octubre de 2008.** Ponente: Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. RJ/2008/7142.

<http://www.westlaw.es>

El Tribunal Supremo declara en esta sentencia que los recurrentes han sufrido la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad domiciliaria, como consecuencia del ruido producido por el sobrevuelo de aviones de la Ciudad de Santo Domingo (Algete) en la maniobra de aterrizaje del Aeropuerto de Barajas, obligando a la Administración a adoptar las medidas necesarias para que cese esta situación, y reconociéndoles una indemnización por los perjuicios sufridos. Para llegar a esta conclusión el Tribunal tiene en cuenta las mediciones del ruido realizadas, que superan los valores máximos fijados en las directrices de la OMS para considerar una molestia severa la exposición al ruido. También se afirma que la situación sufrida por los recurrentes no era inevitable, ya que se ha reconocido por la propia Administración que existían rutas alternativas de aproximación al aeropuerto.

El Tribunal Supremo se vale del cauce interpretativo del artículo 10.2 de la Constitución para interpretar el artículo 18 C.E. a la luz de la jurisprudencia del TEDH. A este respecto, nuestros tribunales estiman muy a menudo que la exposición prolongada a determinados niveles de ruido puede constituir una violación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. En este caso, se incluyen amplias referencias a la

---

<sup>40</sup> El Tribunal Constitucional cita, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de 21 de diciembre de 1999 [TEDH 1999, 72], caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28); de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria [TEDH 2003, 2], § 48; de 10 de febrero de 2004 [TEDH 2004, 9], caso B.B. contra Reino Unido; de 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; de 3 de febrero de 2005 [TEDH 2005, 12], caso Ladner contra Austria; de 26 de mayo de 2005 [TEDH 2005, 57], caso Wolfmeyer contra Austria; y de 22 de enero de 2008 [TEDH 2008, 4], caso E.B. contra Francia, § 91).

<sup>41</sup> Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, § 10.4).

<sup>42</sup> FJº Séptimo.

sentencia del TEDH de 16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España), en la que se reconoció una lesión del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del CEDH, que no había sido corregida por el Tribunal Constitucional. En la sentencia Moreno Gómez se consideró que el Estado era responsable del incumplimiento de su obligación positiva de garantizar el derecho de la recurrente al respecto de su domicilio y de su vida privada. En fin, el Tribunal procede a aplicar en esta sentencia la consolidada doctrina del TEDH relativa a la relación existente, en casos de especial gravedad, entre ciertos daños ambientales y la vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar, protegidos en el artículo 8 del CEDH.