

# CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

(JUNIO-DICIEMBRE 2006)

**Juan Santos Vara\***

## Sumario:

INTRODUCCIÓN.

I. TRATADOS INTERNACIONALES. LA PRIMACÍA DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

II. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ

III. ALTA MAR.

IV. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10. 2. CE. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

V. DERECHO DE ASILO Y REFUGIO.

## INTRODUCCIÓN

Entre las sentencias incluidas en la presente crónica destaca el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el que se acepta la jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar a los responsables de la persecución de los miembros del movimiento espiritual *Falun Gong* al considerar que los hechos se enmarcan aparentemente en el delito de genocidio. El Tribunal Supremo lleva a cabo un razonamiento en el que manifiesta expresamente su discrepancia en relación con la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 26 de septiembre de 2005, en la que se admite que los jueces y tribunales españoles son competentes para investigar los crímenes cometidos en Guatemala por los gobiernos militares entre 1978 y 1986<sup>1</sup>. Por otra parte, el establecimiento de algún mecanismo que facilite la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye una cuestión pendiente de regular en el ordenamiento español, tal y como se pone de manifiesto en la

---

\*Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca. [savajuan@usal.es](mailto:savajuan@usal.es). La presente crónica se enmarca en el proyecto de investigación: “La refundación de Europa: la reforma de 2004 y el Tratado Constitucional”(SA004C05), financiado por la Junta de Castilla y León.

© Juan Santos Vara. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> Se procede a aplicar por primera vez la doctrina establecida en el asunto Guatemala en el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 10 de enero de 2006, relativo al genocidio del Tíbet, del que hemos dado cuenta en la crónica anterior (*REEI*, n.º 12, 2007).

sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2006, incluida en el apartado relativo a los derechos humanos. La presente crónica se completa con la inclusión de varias sentencias en las que se abordan diversas cuestiones en relación con el derecho de los tratados, el abordaje de buques en alta mar, el derecho de asilo y refugio y el valor interpretativo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

## **I. TRATADOS INTERNACIONALES. LA PRIMACÍA DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL**

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 18 de mayo de 2006.** Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Felisa Atienza Rodríguez. *RJ 2006/158374*.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 28 de junio de 2006.** Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón. *RJ 2006/6314*.

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

La sentencia de 18 de mayo de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional viene a continuar la jurisprudencia constante de nuestros tribunales en relación con la jerarquía de los tratados internacionales en el Derecho español. Se trataba de la aplicación del artículo 15 del Convenio de doble imposición hispano-alemán de 5 de diciembre de 1966, que establece las reglas sobre la tributación de las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante por razón de su empleo en el otro Estado contratante. Basándose en lo previsto en el artículo 96 de la Constitución, la Audiencia Nacional señala que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España forman parte del ordenamiento interno y la normativa contenida en los mismos prevalece sobre la normativa nacional, de tal forma que las normas del IRPF deben aplicarse respetando los compromisos que el Estado asume en el desarrollo de las relaciones internacionales según como hayan quedado precisados en los Convenios y Tratados ratificados por España”<sup>2</sup>.

Asimismo, en la segunda de las sentencias incluidas en este apartado se alude a la primacía del Derecho internacional sobre el derecho interno. En este asunto, la cuestión litigiosa afectaba, entre otras normas, a la aplicación del Convenio de doble imposición hispano-austriaco de 20 de diciembre de 1966. Se acepta la posibilidad de alegar la infracción de un convenio internacional, ya que el artículo 96 de la Constitución prevé que “los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del Ordenamiento Interno”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> F.J. n.º 5.

<sup>3</sup> F.J. n.º 5.

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

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 20 de junio de 2006.**

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater. *RJ 2006/5184*.

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

El Tribunal Supremo ha aceptado la jurisdicción de los tribunales españoles para investigar el presunto genocidio de miembros del movimiento espiritual *Falun Gong* por parte de las autoridades chinas. La denuncia fue presentada por integrantes del movimiento *Falun Gong* en España contra el actual presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino, Jian Quinling, y otros tres altos cargos del gobierno chino, aprovechando su estancia en España para asistir al II Foro Hispano-Chino. Sin embargo, la querrela no fue admitida a trámite ni por el Juzgado Central de Instrucción n.º 2 que instruyó el sumario ni por la Audiencia Nacional. Es precisamente contra el auto de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2004 por el que se desestima la demanda contra el que se interpuso el recurso de casación.

La presente sentencia sorprende no sólo por la aceptación de la jurisdicción universal para conocer de la persecución de los miembros del movimiento *Falun Gong*, sino también por el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo. Así, tal y como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal, es dudoso que *Falun Gong* sea un grupo religioso y que, por lo tanto, la persecución de sus miembros constituya delito de genocidio. En segundo lugar, el Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para manifestar su discrepancia respecto al razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 en la que se acepta la jurisdicción de los jueces y tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala por los gobiernos militares entre 1978 y 1986<sup>4</sup>. En efecto, el Alto Tribunal dedica la mayor parte de sus argumentos jurídicos a poner de manifiesto que el Tribunal Constitucional no entendió bien la sentencia del Tribunal Supremo 327/2003, recaída en el caso Guatemala<sup>5</sup>, y a sugerir al Tribunal Constitucional que debe replantearse el amplio alcance del principio de jurisdicción universal consagrado en la sentencia de 26 de septiembre de 2005. Por lo tanto, no parece que la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional vaya precisamente a poner fin a las discrepancias entre ambos Tribunales en cuanto a la interpretación del principio de jurisdicción universal consagrado en el art. 23.4 LOPJ.

La Audiencia Nacional decidió el 13 de diciembre de 2000 que no procedía en aquel momento el ejercicio de la jurisdicción española en relación con los crímenes cometidos en Guatemala al considerar que, a diferencia de los casos chileno y argentino, no se ha constatado la inactividad de los tribunales guatemaltecos, pues no existe una legislación que impida actuar a los jueces locales y, además, no consta que se nieguen a actuar si se entablan acciones penales ante ellos. Este auto fue recurrido en casación

---

<sup>4</sup> Vid. Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público, *REEI* n.º 11, p. 10 y ss.

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

ante el Tribunal Supremo, cuya resolución resultó aprobada por una ajustada mayoría de ocho votos contra siete. El Tribunal Supremo no sólo volvió a negar la falta de competencia de los tribunales españoles, sino que reinterpreto restrictivamente el alcance del principio de jurisdicción universal, contemplado en el artículo 23. 4 de la LOPJ, en la medida en que tal actuación judicial de carácter extraterritorial sólo se justifica por la concurrencia de intereses particulares de España, a saber que el presunto delincuente se halle en territorio español y no se conceda la extradición, que las víctimas sean de nacionalidad española o que exista otro punto de conexión con intereses españoles relevantes. Posteriormente, el Tribunal Constitucional procedió a anular la sentencia 327/2003 del Tribunal Supremo al estimar que la exigencia de un vínculo o conexión entre los hechos y un interés de nuestro país no viene exigida por el ordenamiento jurídico.

Al igual que ocurrió en la sentencia 327/2003, en el presente pronunciamiento el Tribunal Supremo se adentra en el examen de cuestiones que no fueron planteadas por los recurrentes, entre las que destaca, el alcance de la jurisdicción universal prevista en el artículo 23.4 de la LOPJ y la exigencia de vínculos adicionales de conexión con intereses nacionales. Los recurrentes alegaron únicamente en su recurso de casación la imposibilidad de la persecución de los hechos en China y solicitaron la aplicación al caso de la doctrina establecida en la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional. En primer lugar, el Tribunal Supremo se esfuerza en demostrar que no existieron discrepancias entre la sentencia del Tribunal Supremo 327/2003 y el voto particular formulado por siete Magistrados de la Sala en cuanto a la interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ. Este esfuerzo es realmente en vano, pues los Magistrados discrepantes señalaron que la existencia de víctimas españolas puede reforzar las razones que justifican la actuación de los tribunales españoles para conocer del asunto, pero dicha jurisdicción se basa en el principio de persecución universal, con arreglo a lo previsto en el artículo 23.4 a), y no en el de personalidad pasiva. Asimismo, exigir la concurrencia de un interés nacional es contrario a la consideración del genocidio como delito que afecta a la Comunidad Internacional en su conjunto.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo crítica también la interpretación del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 realizada por el Tribunal Constitucional en relación con el principio de jurisdicción universal. El Tribunal Constitucional estimó que de la mención en el Convenio de 1948 de algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio y del consiguiente silencio en relación con la jurisdicción universal no cabe deducir que los Estados parte no puedan establecer otros títulos para la persecución de un delito de especial gravedad<sup>6</sup>. Como ya hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, en el fondo de las diferencias entre ambos razonamientos subyace la clásica discusión entre los partidarios de la aplicación exclusiva del principio de territorialidad y aquellos que consideran que el Convenio

---

<sup>6</sup> El Tribunal Constitucional señala que “resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre el genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos” (F.J. 5º).

sobre genocidio no excluye el ejercicio de la jurisdicción universal<sup>7</sup>. Es preciso reconocer que lleva razón el Tribunal Supremo cuando afirma que la jurisdicción universal para perseguir a los responsables del delito de genocidio no puede fundamentarse en la Convención de 1948<sup>8</sup>. Por ello, el Tribunal Constitucional debería haber completado su razonamiento en el sentido de que sería el desarrollo posterior al Convenio de 1948 del Derecho internacional el que legitimaría plenamente la actuación extraterritorial universal para perseguir a los presuntos autores de este delito<sup>9</sup>.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional estimó asimismo que la exigencia de un punto de conexión con intereses del Estado que pretende ejercer la jurisdicción universal no aparece avalada ni por las legislaciones de otros países que incorporan el principio de jurisdicción universal ni por las resoluciones judiciales de otros tribunales europeos<sup>10</sup>. El Tribunal Supremo reprocha al Tribunal Constitucional que lleva a cabo una interpretación errónea tanto de los precedentes jurisprudenciales citados como de las legislaciones de nuestro entorno en materia de jurisdicción universal. En este sentido, se presta especial atención a la Ley belga de 16 de junio de 1993, modificada por la Ley de 23 de abril de 2003, que impuso límites al principio de la jurisdicción universal. En opinión del Tribunal Supremo la concepción absoluta de la jurisdicción universal que se deriva de la sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005 está totalmente alejada “del pensamiento jurídico internacional”<sup>11</sup>. Así, mientras que el Tribunal Constitucional consideró que el ejercicio de la competencia judicial para enjuiciar delitos que afectan a toda la Comunidad Internacional no depende de que el acusado se encuentre a disposición de las autoridades españolas, el Tribunal Supremo se alinea con aquel sector de la doctrina que vincula el ejercicio de la jurisdicción universal a la presencia del presunto autor del delito en nuestro país<sup>12</sup>. Sin embargo, es preciso poner de manifiesto que tal requisito no es consustancial al ejercicio de la jurisdicción universal que viene motivada por la lesión que determinados crímenes causan a la Comunidad Internacional en su conjunto, con independencia del lugar donde se

---

<sup>7</sup> SANTOS VARA, J.: “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, *REEL*, n.º 11, 2006.

<sup>8</sup> Vid. F. J. 4º.

<sup>9</sup> Vid. Kenneth Randall: “Universal Jurisdiction under International Law”, *Texas Law Review*, 1988, p. 863; PEYRO LLOPIS, A.: *La compétence universelle en matière de crimes contre l’humanité*, Paris, 2003, p. 20.

<sup>10</sup> Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio y crímenes contra la humanidad), Dinamarca (art. 8.6 de su Código Penal), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 Código Penal) o Alemania (art. 6 Código Penal alemán y la Ley promulgada el 26 de junio de 2002 con la finalidad de adaptar el Derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional).

<sup>11</sup> F. J. 10º.

<sup>12</sup> Vid. ABAD CASTELOS, M.: “La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad”, *Anuario da Facultade da Dereito da Universidade da Coruña*, 1998 p. 55; COSNARD, M.: “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *RGDIP*, vol. 103, 1999, p. 323 ; MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (Coord.): *Nuevos Retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea*, Universidad de Málaga, Málaga, 2001, p. 164.

cometen, de la nacionalidad de las víctimas o de los autores, o de la presencia del autor en el territorio del foro.

Por último, a la sentencia del Tribunal Supremo se formularon dos votos particulares de signo contrapuesto. Así, los Magistrados Juan Saavedra Ruiz, Siro García Pérez, Carlos Granados Pérez, Andrés Martínez Arrieta y Julián Sánchez Melgar cuestionan la obligatoriedad de la interpretación del Tribunal Constitucional en relación con el alcance de la jurisdicción universal para el Tribunal Supremo al considerar que la sentencia de la mayoría interpretó de un modo excesivamente amplio la cláusula de vinculación del artículo 5.1 de la LOPJ. En segundo lugar, consideran que en el asunto *Falun Gong* no concurre punto de conexión alguno con intereses españoles y que los hechos delictivos no presentan la apariencia del delito de genocidio. Por otra parte, los Magistrados Perfecto Andrés Ibáñez y José Antonio Martín Pallín, que también suscribieron el voto particular a la sentencia 327/2003, reiteran que el Tribunal Supremo lleva a cabo una reducción incorrecta del sentido que ha de darse a la jurisdicción universal para conocer del delito de genocidio.

### III. ALTA MAR

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 20 de septiembre de 2006.** Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. *RJ 2006/6506.*

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

En el presente asunto los condenados por tráfico de drogas alegan, entre otras circunstancias, en el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional que el abordaje del buque en alta mar fue ilegal, al no haberse respetado la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. Esta Convención exige la autorización del Estado del pabellón con carácter previo al abordaje de un buque cuando existan sospechas de que está siendo utilizado para el tráfico ilícito de drogas. El Tribunal Supremo estima que no se han infringido las normas relativas al abordaje en alta mar, pues no enarbolaba válidamente el pabellón sudafricano. Si bien el razonamiento del Tribunal Supremo es correcto, debería haber mencionado las normas jurídicas en las que se basa para llegar a tal conclusión, en particular el artículo 91.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 en el que se prevé que ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque a la hora de determinar su nacionalidad, vínculo que concurre precisamente en el presente caso, pues se trata de un pabellón de conveniencia elegido con la intención de realizar una actividad delictiva.

#### IV. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10. 2. CE. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

##### 1. La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 3 de julio de 2006.**

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. *RTC 2006/197*.

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

La sentencia 197/2006 nos muestra los problemas que sigue planteando en el ordenamiento español la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) trae causa de una sentencia firme dictada previamente por un tribunal español<sup>13</sup>. En el caso *Fuentes Bobo c. España*, resuelto mediante la sentencia de 29 de febrero de 2000, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que hubo violación de la libertad de expresión, reconocida en el artículo 10 del CEDH, y concedió al demandante una indemnización de 1 millón de pesetas a cargo del Estado español. Es frente a la sentencia del Tribunal Supremo que desestima el recurso de revisión interpuesto por el recurrente, tras la sentencia favorable a sus intereses del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contra la que se interpone el recurso de amparo. El recurrente invoca el precedente de la sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991, recaída caso *Barberà, Messegué y Jabardo*, en la que se decretó la nulidad de las sentencias condenatorias como consecuencia de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de octubre de 1988.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, tras recordar la doctrina establecida en la sentencia 245/1991, señala que no cabe aplicar tal precedente jurisprudencial, ya que la violación del derecho a la libertad de expresión, declarada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es actual o subsistente. En este sentido, se confiere una gran importancia al hecho de que la indemnización otorgada al recurrente haya sido ejecutada bajo la supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano al que el artículo 46.2 del CEDH atribuye competencias para vigilar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto Carrillo Salcedo, esta actitud no se corresponde ni con la letra ni con el espíritu del Convenio<sup>14</sup>. Así, el artículo 41 prevé la posibilidad de otorgar una indemnización “si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación” y, en el apartado 1 del artículo 46, los Estados parte se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. En todo caso, la creación de algún mecanismo que permita la ejecución directa de las resoluciones judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos corresponde al legislador que podría consistir, como parece sugerir el propio Tribunal

---

<sup>13</sup> Vid. sobre esta cuestión ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 547-570; BUJOSA VANDELL, L. M.: *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997.

<sup>14</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2003, p. 67.

Constitucional, en la introducción de un nuevo motivo de revisión de sentencias, basado en un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 2. El artículo 10.2 de la Constitución Española

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 18 de julio de 2006.** Ponente: Ilmo. Sr. D.ª María del Rosario García Álvarez. *JUR* 2006/279684.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 31 de octubre de 2006.** Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. *RJ* 2006/267142.

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

En las sentencias de nuestros tribunales se hacen referencias constantemente al derecho emanado de las organizaciones internacionales de las que forma parte España valiéndose del cauce interpretativo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución. Así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mencionada se señala que el Derecho internacional emanado de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) forma parte de nuestro ordenamiento de conformidad con lo previsto en los artículos 93, 96, en relación con el 10.2 de la Constitución. De este modo, siguiendo la terminología empleada por A. Mangas Martín, se puede afirmar que el Tribunal no distingue entre la “*función interpretativa*” que cumple el art. 10.2 de la Constitución y la “*función integradora o de recepción*” que lleva a cabo el artículo 96 de la Constitución<sup>15</sup>. Además, la referencia al artículo 93 de la Constitución no es adecuada en este contexto, pues la participación en la OIT no implica la cesión del ejercicio de competencias soberanas por parte de España. En este asunto, se hace referencia al Convenio n.º 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador con el objetivo de poner de manifiesto que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de cesación de la relación de trabajo. En estas circunstancias, el Convenio de la OIT prevé la readmisión del trabajador despedido o la concesión de una reparación adecuada. Sin embargo, el Tribunal, partiendo de la idea de que la obligación de indemnizar no elimina la totalidad de los perjuicios sufridos por el trabajador, se muestra favorable a la aplicación de la nulidad *ex tunc* de los despidos lesivos de derechos fundamentales. Por esta razón, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid llega a la conclusión de que no debe prevalecer la aplicación de la norma internacional cuando supone una reducción del estándar interno de protección de los derechos fundamentales.

En la segunda de las sentencias mencionadas, se trataba de determinar si la decisión de celebrar la vista en audiencia pública cuando la víctima de un presunto delito de abusos sexuales era un menor constituía una vulneración constitucional. El Tribunal Supremo pone de manifiesto que el derecho fundamental a un proceso público en el orden jurisdiccional penal, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución, no

<sup>15</sup> MANGAS MARTÍN, A.: “La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos”, en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 241.

constituye un derecho absoluto, ya que el artículo 24.2 de la Constitución ha de interpretarse a la luz del contenido de los tratados internacionales ratificados por España. Así, en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos se prevé que el derecho a un juicio público y, en particular, el acceso del público y de la prensa a la sala de audiencia podrá ser limitado o prohibido durante la celebración del juicio oral por razones de orden público que estén previstas en las leyes. En este sentido, el Tribunal Supremo menciona también la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, ratificada por España en 1990, y la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en 1992, donde se brinda protección específica a los menores. Finalmente, el Tribunal Supremo estima que la decisión de celebrar la vista en audiencia pública no implica una violación del derecho a la intimidad del menor al no ser requerida la comparencia de la víctima.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 24 de julio de 2006.**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. *RJ 2006/6086*.

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

Como ya hemos puesto de manifiesto en crónicas anteriores, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la aplicación del artículo 89.1 del Código Penal que prevé la sustitución de las penas impuestas por la expulsión del territorio nacional, con prohibición de retorno en el plazo de diez años<sup>16</sup>. En el Tribunal Supremo reitera en esta sentencia que esta norma debe ser interpretada a la luz de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los que forma parte España y, en particular, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo considera que antes de aplicar la medida de expulsión es necesario estudiar detenidamente las circunstancias del penado y su situación familiar, por lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al afectado y la motivación de la decisión.

Si bien en el presente asunto los recurrentes habían sido condenados por tráfico de drogas, es preciso recordar que, a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el principio de no devolución (*non-refoulement*) ha sido sometido a fuertes presiones en diversos Estados<sup>17</sup>. En efecto, los Estados han recurrido más a menudo que en el pasado a medidas de extradición, expulsión o deportación de extranjeros sospechosos de terrorismo a sus países de origen o a otros países en los que se corre el

---

<sup>16</sup> Vid. sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 30 de marzo de 2006, *RJ 2006/2130*, y de 8 de julio de 2004, *RJ 2004/4291*.

<sup>17</sup> Sobre esta cuestión se puede consultar, entre otros, los siguientes trabajos: BRUIN, R.; WOUNTERS, K.: "Terrorism and the Non-derogability of *Non-refoulement*", *INTERNATIONAL JOURNAL OF REFUGEE LAW*, vol. 13, 2003, pp. 5 y ss.; LARSAEUS, N.: "The relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers", *NORDIC JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, n.º 73, 2004, pp. 69 y ss.; BOURGON, S.: "The impact of Terrorism on the Principle of "*Non Refoulement*" of Refugees: The Suresh Case before the Supreme Court of Canada", *JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE*, n.º 3, 2003, pp. 169 y ss.

riesgo de que sean sometidos a tortura u otros tratos inhumanos o degradantes. Por ello, la exigencia de que se conceda el trámite de audiencia a los afectados y de que se justifique adecuadamente la decisión es imprescindible para evitar este tipo de violaciones de los derechos humanos.

## V. DERECHO DE ASILO Y REFUGIO

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª), de 21 de junio de 2006.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde. *RJ 2006/187226.*

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª), de 20 de septiembre de 2006.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Mangas González. *RJ 2006/235344.*

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

En los últimos años, uno de los motivos que se alega cada vez con más frecuencia para justificar las solicitudes de asilo es el miedo a sufrir la mutilación genital femenina en el país de origen. Afortunadamente, nuestros tribunales se muestran muy sensibles frente a esta práctica denigrante que afecta a la salud física y psíquica de las mujeres, y que no resulta justificable ni desde razones de índole religiosa ni cultural. A pesar de que mutilación genital femenina no aparece incluida expresamente entre los motivos justificativos de la concesión del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 1.2 de la Convención de Ginebra, la Audiencia Nacional considera en la primera de las sentencias mencionadas que esta agresión contra las mujeres puede incluirse en la persecución por pertenecer a un determinado “grupo social”, que si aparece contemplada en tal precepto<sup>18</sup>. Asimismo, se afirma que este tipo de prácticas pueden equipararse a la tortura o a los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este asunto, una mujer de nacionalidad nigeriana alega su temor a ser obligada a someterse a la mutilación genital al tratarse de una costumbre muy extendida en su país de origen. Aun cuando esta práctica está prohibida por la legislación de Nigeria y las autoridades de ese país proporcionan protección frente a este tipo de violación de los derechos humanos, el hecho de que la extirpación del clítoris sea habitual en el entorno personal y cultural de la recurrente y de que su propia hermana la sufriera llevan a la Audiencia Nacional a la conclusión de que estaba justificada la solicitud de la condición de refugiada.

En cambio, en la segunda de las sentencias mencionadas, la Audiencia Nacional señala que el temor a ser sometida a la mutilación genital se encuentra al margen de las causas justificativas de la condición de refugiado, que aparecen taxativamente enumeradas en la Convención de Ginebra de 1951. La Audiencia Nacional estima que no se percibe en los hechos alegados el temor a sufrir la ablación genital por motivos religiosos y que las autoridades nigerianas prohíben este tipo de prácticas, por lo que la

---

<sup>18</sup> La Audiencia Nacional alude expresamente a la doctrina establecida en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), de 12 de enero de 2005.

víctima podría haber solicitado protección en su país de origen. En definitiva, se percibe la existencia de diferentes criterios entre distintas secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a la hora de valorar hechos similares. No resulta comprensible que se otorgue una mayor importancia a la circunstancia de que exista una legislación que prohíba este tipo de prácticas que al hecho de que se trate de comportamientos que se practican en el entorno familiar y al margen de las reglas formalmente establecidas.