

CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

(ENERO-JUNIO 2006)

Juan Santos Vara*

Sumario.

INTRODUCCIÓN

I. TRATADOS INTERNACIONALES. REGLAS DE INTERPRETACIÓN

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

En los últimos meses, la Audiencia Nacional ha seguido mostrándose muy activa en la persecución de los responsables de la comisión de crímenes de especial gravedad cometidos fuera de nuestras fronteras en virtud del principio de jurisdicción universal. Un buen ejemplo lo constituye la reapertura del caso Guatemala o la decisión de investigar el genocidio del pueblo tibetano y la persecución de los miembros del movimiento espiritual *Falun Gong*¹. En cambio, en el caso del asesinato del periodista español José Manuel Couso, la propia Audiencia Nacional no acepta la jurisdicción de nuestro país para investigarlo al estimar que los hechos no presentan la apariencia de crímenes de guerra. Asimismo, la Audiencia de Las Palmas declara que nuestro país no tiene jurisdicción para enjuiciar a los presuntos capitanes o responsables de los cayucos que dirigen hacia nuestras costas. Por otro lado, los jueces y tribunales han aplicado muy a menudo el Derecho internacional, tal y como viene siendo una tradición en nuestro país, en materias tales como los derechos humanos, sobre todo a través del cauce interpretativo del artículo 10. 2 CE, las reglas en materia de interpretación de tratados, el derecho de asilo o el derecho del mar.

* Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca. savajuan@usal.es.

© Juan Santos Vara. Todos los derechos reservados.

¹ En la presente crónica no ha sido imposible incluir el auto sobre la persecución de los miembros del movimiento *Falun Gong* porque aún no se ha hecho público el contenido del mismo.

I. TRATADOS INTERNACIONALES. REGLAS DE INTERPRETACIÓN.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 7 de diciembre de 2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas. *RJ 2005/7819*.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 15 de noviembre de 2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas. *RJ 2005/9511*. (<http://www.westlaw.es>)

En los últimos años, la homologación de títulos académicos extranjeros ha dado lugar a una amplia jurisprudencia en la que se plantea cuestiones de Derecho internacional y, en particular, en materia de interpretación de tratados. En las sentencias de 15 de noviembre de 2005 y de 7 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo (TS) se ha enfrentado nuevamente a la interpretación de los criterios previstos en el Convenio de Cooperación Cultural entre España y la República Argentina de 1971 en relación con la convalidación de títulos académicos. En ambos casos se considera que el diploma de Anestesiología expedido por un Colegio de Médicos argentino no puede considerarse un título académico a efectos de su convalidación en el marco del Convenio de 1971. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo acude a los criterios de interpretación previstos en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en el que se señala que los tratados habrán de interpretarse según el sentido corriente de sus términos y teniendo en cuenta el contexto de éstos y su objeto y fin. Así, al determinar el ámbito de aplicación del Convenio, la referencia expresa del artículo 1º a las “Universidades y Centros de estudios superiores y medios” no puede comprender a los Colegios profesionales. En definitiva, estas sentencias continúan la línea jurisprudencial desarrollada en los últimos años por nuestros tribunales en la que se abandona la tradición histórica de interpretar las disposiciones convencionales con arreglo a las reglas previstas en el artículo 3.1 del Código Civil y se acude con toda naturalidad a los criterios reflejados en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969.

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

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 16 de febrero de 2006. Ponente: Il. Sr. D. Jorge Campos Martínez, *ARP 2006/195*. (<http://www.westlaw.es>)

Como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 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, la Audiencia Nacional se ha visto obligada a retrotraer las actuaciones en este caso al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000. Al otorgar el amparo solicitado por Rigoberta Menchú y otros, el Tribunal Constitucional procedió a anular el auto de la de la

Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la sentencia del tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

Con el objetivo de situar el presente auto en su contexto es preciso recordar que 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 ella. Este auto fue recurrido en casación 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 relevantes².

Como ya hemos puesto de manifiesto en la crónica anterior sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público³, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 supone la consolidación de la jurisdicción universal de los órganos judiciales españoles para conocer del delito de genocidio y de los crímenes contra la humanidad, con independencia del lugar donde se hayan cometido y de la nacionalidad de las víctimas, al considerar que la decisión del legislador español de optar por una concepción amplia del principio de persecución universal está plenamente aceptada por el Derecho internacional. A este respecto, la única limitación que se prevé es que se ha de dar prioridad a la jurisdicción del Estado donde se cometieron los hechos o, en su caso, al Tribunal Penal Internacional.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 10 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez, *ARP 2005/771*.
(<http://www.westlaw.es>)

En el auto sobre el Tíbet, la Audiencia Nacional procede a aplicar por primera vez la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 al admitir a trámite la querrela presentada contra el anterior Presidente de China Jiang Zemin, el ex Primer Ministro Li Peng y otros altos cinco cargos de la República

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 327/2003, de 25 de febrero. No obstante, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación: “la Sala estima, por tanto, que en los casos del asesinato de los sacerdotes antes citados, así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables” (F.J. 12º).

³ *REEI*, nº 11.

Popular China por su presunta participación en el delito de genocidio cometido contra el pueblo tibetano.

En la presente resolución judicial, la Audiencia Nacional considera, en primer lugar, que los hechos acaecidos en el Tibet se ajustan a priori al delito de genocidio contemplado en el artículo 2 de la Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio de 1948. En segundo lugar, se constata que el pueblo tibetano no tiene posibilidades de exigir responsabilidades penales ante los tribunales chinos, dadas las circunstancias del caso, el lapso de tiempo transcurrido desde que los hechos tuvieron lugar y las innumerables gestiones realizadas por los representantes del Tíbet. A este respecto, se mencionan las diversas iniciativas promovidas por el Tibet ante instancias internacionales y, en particular, ante las Naciones Unidas y el Parlamento Europeo para lograr una solución pacífica.

En el auto sobre el Tíbet, la Audiencia Nacional se refiere asimismo a la doctrina establecida por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 3 de noviembre de 2005 como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional, con el objetivo de unificar criterios y tratar de evitar una avalancha de querellas por genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos en distintas partes del mundo. Se introduce así un nuevo requisito basado en la idea de razonabilidad, de modo que “constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la comunidad internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”.

Si bien no cabe duda de que la jurisdicción universal ha de ir unida a un ejercicio razonable de la misma, los requisitos establecidos por la Audiencia Nacional no vienen exigidos por nuestro ordenamiento jurídico. Quizás por ello, en el auto sobre el Tíbet se pone de manifiesto que la finalidad de la nueva doctrina es evitar “que se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho”, y no de que los hechos objeto de denuncia, el país en el que se cometieron estén o no alejados del nuestro.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 8 de marzo de 2006. Ponente: Il. Sr. D. Fernando García Nicolás, *ARP 2006/195*. (<http://www.westlaw.es>)

Por medio del presente auto, la Audiencia Nacional declara que los jueces y tribunales españoles no tienen jurisdicción para conocer de los hechos acaecidos en Bagdad el 8 de abril de 2003 que se saldaron con el fallecimiento del periodista español José Manuel Couso y del reportero ucraniano Taras Protsyuk. La Audiencia Nacional considera que se trató de un acto de guerra sucedido en el contexto del enfrentamiento entre las fuerzas norteamericanas y las tropas irakíes, pero no puede estimarse que concurrió la intencionalidad dolosa de causar la muerte de personas civiles, pues el ataque militar no fue indiscriminado al estar dirigido contra un objetivo militar concreto y no fue

excesivo en relación con ventaja militar concreta y directa prevista. Por lo tanto, la Audiencia Nacional declara que el grave incidente ocurrido en la capital iraki no se enmarca en el tipo penal previsto en el artículo 611.1º en relación con el artículo 608.3º del Código Penal y con las infracciones graves al IV Convenio de Ginebra.

La Audiencia nacional aprovecha la ocasión para expresar la opinión de que sería conveniente llevar a cabo una reforma legislativa que estableciera limitaciones al ejercicio de las acciones penales destinadas a perseguir los crímenes de guerras ante los órganos judiciales españoles. La Audiencia, que ha discutido ampliamente sobre esta cuestión en sus deliberaciones, afirma que éste parece ser el sentir del propio legislador, pues en la reciente reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, que ha sometido la mutilación genital femenina a la jurisdicción universal, se exige que los responsables se encuentren en España. Asimismo, se apoya este razonamiento en la idea de que los países europeos de nuestro entorno, en particular, Alemania, Francia y Bélgica, que aceptan la jurisdicción universal para enjuiciar los crímenes de guerra exigen la concurrencia de determinados vínculos, como por ejemplo la presencia o la detención del criminal en el territorio del foro. En opinión de la Audiencia Nacional se deduce también la conveniencia de introducir limitaciones en este ámbito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005. La conclusión de la Audiencia resulta discutible, ya que de la mencionada sentencia se deriva precisamente la idea opuesta al rechazar claramente el Tribunal Constitucional la pretensión del Tribunal Supremo de vincular el ejercicio de la jurisdicción universal con determinados vínculos de conexión.

III. ALTA MAR

1. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Protocolo contra el Tratado ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. Artículo 23.4 de la LOPJ.

Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2ª), de 17 de marzo de 2006.
Ponente: Ilma. Sra. Dª. Pilar Parejo Pablos, *JUR 2006/167860*.

Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2ª), de 17 de marzo de 2006.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Nicolás Acosta González, *JUR 2006/167870*.

Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª), de 17 de marzo de 2006.
Ponente: Il. Sra. Dª. Pilar Parejo Pablos, *JUR 2006/171993*.

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

La lectura de los tres autos mencionados de la Audiencia Provincial de Las Palmas causa una cierta perplejidad por las razones que a continuación se expondrán. En los tres casos se considera que España carece de jurisdicción para el enjuiciamiento de los presuntos patrones de un cayuco en el que viajaban 71 personas de diversas nacionalidades, que embarcaron en Nouadhibou (Mauritania) el 13 de febrero de 2006, y que fue rescatado a 250 millas de la isla de Hierro por el buque Esperanza del Mar. Se presume que las personas que viajaban en la embarcación habrían abonado diversas cantidades de dinero con el objetivo de llegar a las Islas Canarias.

La Audiencia Provincial de Las Palmas procede a examinar la jurisdicción española a partir de las previsiones incluidas en el artículo 23 de la LOPJ excluyéndose, desde un principio, por razones evidentes la aplicación del principio de territorialidad y de personalidad. Se descarta asimismo la posibilidad de que nuestro país pueda procesar a los responsables de delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros sobre la base del principio de jurisdicción universal, pues en el artículo 23.4 de la LOPJ se otorga competencia a los jueces y tribunales españoles para conocer de una serie de infracciones penales, entre las que no figura este tipo de delitos. Sin embargo, el artículo 23.4 de la LOPJ se cierra con una cláusula en la que se atribuye también competencia a los jueces y tribunales españoles en relación con aquellos delitos que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España. Por esta razón, se analiza lo previsto a este respecto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15/11/2000, (ratificada por España por instrumento de 21/02/2002, BOE de 29/09/2003), y el Protocolo contra el Tratado ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (ratificado por España por Instrumento de 21/02/2002, BOE de 10/12/2003).

En realidad, la Audiencia de Las Palmas presta únicamente atención a la Convención de 2000 y, en particular, al artículo 15 en el que se exige que las Partes contratantes adoptarán las medidas necesarias para establecer su jurisdicción en relación con una serie de delitos cuando se cometan en su territorio o a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave de su nacionalidad. También se establece que los Estados podrán establecer su jurisdicción cuando el delito se cometa fuera de su territorio pero con el objetivo de cometer un delito grave dentro de su territorio. Por todo ello, se considera que España podría extender su jurisdicción a delitos como los cometidos contra los derechos de los extranjeros, pero descarta tal posibilidad sobre la base de la redacción actual del artículo 23.4 de la LOPJ.

En nuestra opinión, el Tribunal canario no presta la debida atención al Protocolo contra el Tratado ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire en el que se incluyen detalladas disposiciones para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de inmigrantes por mar. Así, se prevé que todo Estado Parte podrá solicitar la ayuda de otros Estados cuando tenga sospechas que un buque que enarbole su bandera o navegue sin nacionalidad está implicado en el tráfico ilícito de personas, con el objetivo de poner fin a estas conductas (art. 8.1). En el caso de que se tengan motivos fundados para sospechar que un barco que lleve matrícula de otro Estado Parte se dedique a este tipo de actividades, se podrá notificarlo al Estado del pabellón, solicitarle confirmación de la matrícula, y posteriormente solicitarle autorización para visitar, registrar el buque, y se hallan pruebas de la comisión de este tipo de delitos adoptar las medidas apropiadas respecto al buque, la carga y las personas que se encuentren a bordo (art. 8.5). Se trata de un sistema similar al previsto en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.

Por último, se afirma que cuando existan motivos razonables para creer que un buque sin nacionalidad o que se hace pasar por un buque sin nacionalidad se dedica al tráfico ilícito de personas por mar, todo Estado Parte podrá visitarlo y registrarlo, y si las

sospechas resultaran confirmadas, el Estado en cuestión adoptará las medidas apropiadas que sean conformes con el derecho interno e internacional (art. 8.7). Esta previsión es plenamente coherente con el Derecho del mar y, en particular, con el artículo 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 en el que se prevé el derecho de visita en relación, entre otros supuestos, con aquellos buques que no tienen nacionalidad. La consecuencia lógica es que el Estado que ha ejercido el derecho de visita proceda a ejercer la jurisdicción penal en relación con los delitos cometidos, pues tal actuación no supone una afrenta a la soberanía de ningún Estado, y de no actuar este tipo de comportamientos quedarían impunes. Es preciso señalar que el reconocimiento de la jurisdicción española no implica la exclusión de la eventual concurrencia de las pretensiones de otros Estados para ejercer su jurisdicción en estas circunstancias. España tiene un interés evidente en enjuiciar este tipo de delitos, ya que es obvio que el cayuco se dirigía hacia nuestras costas. Por otro lado, la inmigración ilegal constituye uno de los más problemas graves que afronta nuestro país en la actualidad y numerosas personas arriesgan sus vidas en los peligrosos viajes organizados por grupos de delincuentes o mafias en los países africanos. Por ello, no parece aceptable entender que España no tenga jurisdicción en relación con los patrones o responsables de las embarcaciones que se dirigen a nuestro país. Quizás la sobrecarga actual de los jueces y tribunales canarios haya llevado a adoptar esta decisión que consideramos desacertada.

2. Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 16 de febrero de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis. *RJ 2006/1068*. (<http://www.westlaw.es>).

Los jueces y tribunales españoles han conocido en varias ocasiones de causas relativas al apresamiento de buques extranjeros en alta mar dedicados al tráfico de drogas. Uno de los casos más conocidos es la captura en el Atlántico Sur del carguero panameño *Archangelos* y de su tripulación por el Servicio de Vigilancia Aduanera el día 23 de enero de 1995. En aquel caso el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo presentado por el capitán del buque al considerar que no se había vulnerado sus derechos fundamentales y que en el apresamiento se había respetado el Derecho internacional, en particular la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefaciente y sustancias sicotrópicas de 1988, que exige la previa autorización del Estado del pabellón antes de efectuar el abordaje y el apresamiento (STC 21/1997, de 10 de febrero de 1997).

En el presente asunto la captura se sitúa en el contexto de una importante operación de tráfico de drogas para cuyo transporte los acusados adquirieron dos buques, uno que se abanderó en Camboya, en el que se cargó la droga en las costas de Ecuador, y otro con pabellón de Togo, que pretendía recogerla en alta mar con la intención de transportarla hasta las costas españolas. Cuando se estaba realizando la operación de transvase fuerzas policiales españolas procedieron al abordaje del buque que enarbolaba el pabellón del país africano, previa autorización del Juzgado Central de Instrucción nº 6.

La diferencia entre este caso y el anteriormente mencionado es que no medió la autorización previa de Togo, al entenderse que se trataba de un pabellón de complacencia. Esta circunstancia es aprovechada por los condenados por la Audiencia Nacional para alegar en casación, entre otros motivos, la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos a bordo de buques extranjeros que navegan por aguas internacionales.

Aun cuando el Tribunal Supremo entiende que la determinación de la jurisdicción para conocer de determinados hechos delictivos es una cuestión que afecta a las obligaciones entre Estados y no a los derechos fundamentales de los justiciables (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003), se detiene a analizar esta cuestión. En primer lugar, el Alto Tribunal español señala que el artículo 91.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 exige que exista una relación auténtica entre el Estado y el buque a la hora de determinar su nacionalidad, relación que no se da precisamente en el presente caso, pues se trata de un pabellón de conveniencia elegido con la intención de realizar una actividad delictiva. En segundo lugar, el Tribunal Supremo afirma que la jurisdicción universal de los tribunales españoles para conocer del tráfico de drogas, prevista en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se adecua a lo previsto en los convenios internacionales relativos al tráfico ilícito de drogas, los cuales permiten diversas soluciones en el interior de los Estados. Así, el artículo 108.2 de la Convención del Derecho del Mar de 1982 prevé que “todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico lítico de estupefaciente y sustancias sicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales”, el artículo 36 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes recoge la necesidad de respetar el derecho de la parte interesada en materia de jurisdicción y el artículo 4.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 acepta el ejercicio de las competencias penales establecidas por las partes con arreglo a su derecho interno.

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

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 30 de marzo de 2006.
 Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta. *RJ 2006/2130*.
 (<http://www.westlaw.es>)

El cauce interpretativo del artículo 10. 2 de la Constitución sirve para interpretar los derechos y las libertades contempladas en nuestra norma fundamental no sólo con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales sobre protección de los derechos humanos ratificados por España, sino también a la luz de las decisiones de los órganos de control creados por los instrumentos internacionales. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2006 viene a enriquecer la amplia jurisprudencia existente en este ámbito.

El artículo 89 del Código Penal contempla la posibilidad de sustituir la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional. Aun cuando nuestros tribunales se han

pronunciado sobre esta cuestión en reiteradas ocasiones⁴, el Tribunal Supremo considera adecuado acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al tratarse de una medida que puede afectar a los derechos fundamentales. Por esta razón, se estima necesario examinar detenidamente las circunstancias del penado, su situación familiar y escuchar sus alegaciones antes de adoptar una medida de estas características. En este sentido, se mencionan los siguientes pronunciamientos del TEDH: la sentencia de 18 de febrero de 1991, recaída en el caso *Moustaquim contra Bélgica*, en la que el TEDH señaló que la expulsión del condenado era contraria al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) al haber residido desde los dos años de edad en el Estado Parte y carecer de todo arraigo en el país origen; la sentencia de 24 de enero de 1993, pronunciada en el caso *Boncheski contra Francia*, en la que el Tribunal acepta la expulsión ante la gravedad de los delitos cometidos, aun cuando el penado llevado dos años residiendo en Francia y se había casado con una ciudadana francesa; la sentencia de 26 de abril de 1997, caso *Mehemin contra Francia*, en la que se consideró contraria al Convenio la medida de expulsión porque se trataba de un delito no muy grave y tener arraigo familiar en Francia; y la sentencia de 21 de octubre de 1997 en la que se estimó aceptable la expulsión al tratarse de un delito grave, aun cuando vivía en Francia desde los cinco años.

En los tiempos que corren y cuando algunos Estados han procedido a expulsar o trasladar a supuestos terroristas a países en los que están expuestos a sufrir torturas o tratos o penas crueles o degradantes, no habría estado de más que las referencias a la jurisprudencia del TEDH se hubieran completado con la mención del asunto *Chahal contra Reino Unido* de 1996, en el que el Tribunal afirmó que los Estados no pueden deportar o expulsar a una persona a un lugar en el que se exponga al riesgo de ser torturada o sufrir tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes, ni siquiera cuando esa persona constituya una amenaza para la seguridad nacional del Estado que adopte la medida de expulsión.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 13 de febrero de 2006.

Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. *RTC 2006/41*.

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

Con el objetivo de confirmar que la prohibición de discriminación por razón de la orientación homosexual se puede entender comprendida en la cláusula final del artículo 14, referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, el Tribunal Constitucional incluye en esta sentencia amplias referencias a la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha sostenido reiteradamente que, aun cuando la orientación sexual no aparece expresamente contemplada en el artículo 14 de la CEDH, ha de considerarse incluida, ya que la lista allí incluida tiene un valor meramente indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso

⁴ En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005 (*RJ 2005/9955*), de 28 de octubre de 2004 (*RJ 2004/7050*), de 8 de julio de 2004 (*RJ 2004/4291*), de 17 de mayo de 2005 (*RJ 2005/5813*), de 21 de diciembre de 2004 (*RJ 2004/8219*), y de 24 de octubre de 2005 (*RJ 2006/706*).

Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos *L. y V. Contra Austria*, y *SL contra Austria*, STEDH de 24 de julio de 2003, caso *Karner contra Austria*, STEDH de 10 de febrero de 2004, caso *B. B. Contra Reino Unido*, STEDH de 21 de octubre de 2004, caso *Woditschka y Wilfing contra Austria*).

Asimismo, se mencionan los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los que se ha considerado que la prohibición de discriminación por motivos de sexo, incluida en la cláusula general de igualdad de trato e interdicción de la discriminación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, comprende también la discriminación basada en la orientación sexual (Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación n.º 488/1992, caso *Toonen contra Australia* y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación n.º 941/2000, caso *Young contra Australia*).

Por último, el Tribunal Constitucional se sirve del criterio interpretativo del artículo 10.2 de la CE para referirse al artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea en el que se faculta a las instituciones comunitarias para adoptar acciones encaminadas a luchar contra la discriminación, basada en motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Resulta muy pertinente también la mención del artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, en el que se contempla expresamente la orientación sexual entre los motivos en que se prohíbe todo tipo de discriminación. Las referencias al derecho comunitario se completan con la cita de diversos instrumentos normativos adoptadas por las instituciones en los que se han incluido previsiones específicas en relación con la orientación sexual como, por ejemplo, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica o la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 12 de diciembre de 2005.
Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. *RTC 2005/313. crónicas anteriores*
(<http://www.tribunalconstitucional.es>).

El problema de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que resulta condenado el Estado español se plantea periódicamente ante nuestros tribunales. Así, por ejemplo, tras el conocido caso *Barberà, Messegué y Jabardo*, el Tribunal Constitucional fue llamado a pronunciarse sobre esta cuestión (sentencia del TC 245/1991), y más recientemente, como consecuencia del caso *Castillo Algar* (auto del TC 96/2001).

En el presente caso, a raíz del recurso interpuesto por el ex militar Juan Alberto Perote Pellón, el TEDH consideró que se vulneró el derecho a un juicio justo, en su vertiente del derecho al juez objetivamente imparcial, contemplado en el artículo 6 del Convenio, en la medida en que dos de los jueces de la Sala del Tribunal Militar Central que

examinó el fondo del asunto participaron en la adopción de resoluciones judiciales previas, como el rechazo del recurso de apelación contra el auto de procesamiento y la resolución que prorrogó la prisión preventiva del demandante (sentencia del TEDH de 25 de julio de 2002, *Perote Pellón c. España*). Posteriormente, el demandante solicitó a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo la nulidad de las sentencias previas a través de la vía prevista en el artículo 240.3 de la LOPJ, al haberse vulnerado el artículo 6 del CEDH. Es precisamente frente al auto del Tribunal Supremo en el que se desestiman sus pretensiones que el Sr. Perote interpone un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional aprovecha la ocasión para recordar que las sentencias del TEDH no constituyen un título ejecutivo, sino que tienen un valor meramente declarativo, que el Convenio no ha creado una instancia de carácter supranacional de revisión o control directo de las resoluciones judiciales o administrativas internas y que, por lo tanto, no se obliga a los Estados Partes a adoptar medidas específicas de carácter procesal con el objetivo de reparar la violación del Convenio.

El Sr. Perote solicitó que le fuera aplicada la doctrina establecida en la sentencia del TC 245/1991, en la que tras la sentencia condenatoria del TEDH, recaída en el caso *Barberà, Messegué y Jabardo*, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto, en la medida en que la violación del artículo 6, declarada por el Tribunal de Estrasburgo, era especialmente grave, al considerar que el procedimiento penal en su conjunto no satisfacía las exigencias de un juicio justo y público, y afectaba a unas condenas penales de pérdida de libertad aún pendientes de cumplimiento. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estima, que a diferencia del caso *Barberà y otros*, no se plantea en este caso la continuación de efectos de la lesión condenada, pues el TEDH declaró que la constatación de la falta de imparcialidad del Tribunal juzgador “no implica necesariamente que la condena del demandante estuviera mal fundada teniendo en cuenta que las otras quejas del demandante relativas al art. 6.1 del Convenio fueron declaradas inadmisibles el 10 de febrero de 2000 (...). El Tribunal concluye que, en las circunstancias del litigio, la constatación de violación que figura en la presente sentencia constituye por sí misma una indemnización justa en concepto de todo daño moral” (apartados 58 a 61 de la sentencia del TEDH). En definitiva, el Tribunal Constitucional rechaza la aplicación de la doctrina *Barberà y otros* y considera que estamos ante un asunto que presenta una gran similitud con el caso *Castillo-Algar*, en la que se rechazó la nulidad de las resoluciones judiciales internas como consecuencia de la sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998.

V. DERECHO DE ASILO Y REFUGIO.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 23 de marzo de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yague Gil. *RJ 2006/1598*.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 9 de diciembre de 2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne. *RJ 2006/68*.

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

Son muy numerosos los casos en los que el Tribunal Supremo es llamado a pronunciarse cada año a través de la vía del recurso de casación en materia de asilo⁵. La mayoría de las solicitudes de asilo no son ni siquiera admitidas a trámite en aplicación del artículo 5.6 b) y d) de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (modificada por la Ley 9/94), al considerar la Administración que los solicitantes no alegan ninguna de las causas que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado o que su solicitud se base en hechos o datos falsos o inverosímiles.

Un buen ejemplo de este tipo lo constituye el primero de los asuntos mencionados. Se trata de un ciudadano ruso de origen armenio, que alega haber sido víctima de ataques por su origen étnico y haber sufrido todo tipo vejaciones, malos tratos y detenciones tanto él como su familia. Según su alegato, estos hechos se producen después de haber sido falsamente acusado de desertar del ejercicio mientras cumplía el servicio militar, pero en realidad fue secuestrado por chechenos. El Tribunal Supremo considera que la persecución que ha sufrido debe comprenderse en el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra de 1951 y en el artículo 3.1 de la Ley de Asilo 5/1984 al tratarse de una persecución por motivos étnicos. A este respecto, se afirma que la solicitud de asilo contiene suficientes datos para ser admitida a trámite, pues una decisión de esta naturaleza sólo se puede adoptar cuando la causa de inadmisión sea manifiesta. El Alto Tribunal español considera que las razones alegadas podrían justificar la denegación del asilo tras un examen detenido del expediente, pero no la inadmisión a trámite.

En la sentencia de 9 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo se enfrenta al problema de determinar si la denegación de la concesión de asilo a una persona de origen albanokosovar es legal, ya que en el momento en el que se presentó la solicitud de asilo (24 de junio de 1998) era objeto de persecución, al haberse negado a cumplir el servicio militar, circunstancias que habían desaparecido cuando la Administración adoptó la decisión final (23 de mayo de 2000). Asimismo, la Audiencia Nacional confirma que el hecho de la situación en Kosovo hubiera entrado en un proceso de pacificación tutelado por varias organizaciones internacionales es motivo suficiente para estimar que los albanokosovares ya no son objeto de persecución. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que se han de tener en cuenta los hechos existentes en el momento en el que se presentó la solicitud de asilo, ya que, “de otro modo, podría abrirse la puerta a una desnaturalización fraudulenta de la institución que condujera a su pérdida de operatividad, pues bastaría dilatar en el tiempo la tramitación y resolución del expediente, a la espera de un futuro cambio de circunstancias en el país de origen del solicitante, para frustrar su finalidad protectora” (FJ 4º).

⁵ En los últimos meses, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, entre otros muchos, en los siguientes asuntos: sentencia de 30 de marzo de 2006, *RJ 2006/1654*; sentencia de 30 de marzo de 2006, *RJ 2006/1657*; sentencia de 17 de febrero de 2006, *RJ 2006/679*; sentencia de 10 de febrero de 2006, *RJ 2006/72716*.