

# CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO (ENERO-JUNIO DE 2005)

Juan Santos Vara\*

## 1. TRATADOS INTERNACIONALES

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7ª), de 25 de enero 2005.** Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas. *RJ* 2005/1572

La cuestión objeto de litigio en la presente sentencia se refiere a la naturaleza jurídica de los contratos de los profesores que imparten la asignatura de religión en los centros públicos de enseñanza, y a la relación entre el régimen jurídico general relativo a los funcionarios interinos de la administración pública y el Convenio de 20 de mayo de 1993, celebrado entre el Estado español y la Conferencia Episcopal española, en nombre de la Santa Sede, en el que se estipula el régimen retributivo de las personas que imparten la disciplina de religión católica en los centros públicos de enseñanza. El Abogado del Estado plantea un recurso de casación contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de considerar que la demandante ha prestado servicios en calidad de funcionaria interina por entender que este pronunciamiento plantea una impugnación indirecta de la Orden de 9 de septiembre de 1993 mediante la que se publica el mencionado Convenio internacional.

El Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para recordar que las disposiciones del Convenio concluido entre el Gobierno Español y la Santa Sede el 20 de mayo de 1993 no pueden considerarse preceptos reglamentarios que puedan declararse nulos por ser contrarios a una norma con rango de Ley, pues el Acuerdo expresa la voluntad del Estado español y de la Santa Sede. En virtud del artículo 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la validez de un tratado sólo puede ser impugnada sobre la base de las causas previstas en el Convenio de Viena. Del mismo modo, y aunque el TS no lo mencione en este caso, el artículo 96 de nuestra Constitución proporciona una respuesta clara a esta cuestión, pues establece que las disposiciones de los tratados internacionales sólo podrán ser derogadas, modificadas, o suspendidas en la forma prevista en los propios o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. En consecuencia, el TS considera que no se puede considerar que el Convenio de 1993 no es conforme a derecho (vid. sobre esta cuestión también la Sentencia del Tribunal Supremo 2652/2004, de 26 de abril de 2004).

---

\* Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público. Universidad de Salamanca

## **2. CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD. PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL.**

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 19 de abril.**  
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada Solaesa. *JUR 2005/132318*

### **2.1. Introducción**

La reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril constituye un excelente ejemplo del avance que viene experimentado la comunidad internacional en la persecución de los responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad en virtud del principio de jurisdicción universal. En este asunto, la Audiencia Nacional (AN) considera que los hechos de los que ha resultado ser autor un antiguo oficial argentino constituyen un delito de lesa humanidad tipificado en el artículo 607 bis del Código Penal de 1995. Se afirma en la sentencia que el condenado tuvo pleno conocimiento del carácter ilícito de las actividades llevadas a cabo por el Grupo de Tareas 3.3.2 en la Escuela Mecánica de la Armada, que formaban parte de un plan desarrollado por la Fuerzas Armadas Argentinas para eliminar a aquella parte de la población que por motivos políticos, ideológicos o religiosos pudiera representar un obstáculo para establecer un determinado sistema político. Con la finalidad de determinar claramente que los hechos mencionados se engloban dentro de la figura de los crímenes contra la humanidad, se incluyen amplias referencias a la jurisprudencia del Tribunal de la ExYugoslavia que ha venido estableciendo elementos de definición del delito y de su prueba.

La Audiencia Nacional deja claro desde un principio que la obediencia debida existente en el derecho militar argentino no puede ser alegada como eximente de la responsabilidad penal en la comisión de crímenes contra la humanidad. En este sentido se manifiesta el artículo 8 del Estatuto de Nuremberg, el artículo 5 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el artículo 7.4 del Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia y el artículo 6.4 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La principal dificultad a la que se enfrenta la Audiencia Nacional en esta sentencia se refiere a la justificación de la aplicación de un tipo penal introducido recientemente en el Código Penal de 1995 en relación con hechos sucedidos con anterioridad. Además, los hechos fueron calificados en un primer momento como genocidio por la propia Audiencia Nacional, en virtud del Auto de 4 de noviembre de 1998. En cambio, una vez incorporado en nuestro ordenamiento jurídico la figura de los crímenes contra la humanidad, se opta por una visión restringida del delito de genocidio. Sin embargo, como veremos más adelante, la AN sostiene que era correcta su tipificación penal en el pasado como genocidio. Por otra parte, a pesar de que la exigencia de responsabilidad penal internacional del individuo en relación con la comisión de crímenes contra la humanidad está plenamente aceptada en el Derecho Internacional, los jueces encuentran a veces dificultades en la práctica derivadas del principio de legalidad penal y de la irretroactividad de las normas penales. Este conjunto de problemas permite a la Audiencia Nacional llevar a cabo un análisis exhaustivo tanto del origen y evolución del concepto de crímenes contra la humanidad y del principio de jurisdicción universal en el ámbito del Derecho Internacional, como de las particularidades que caracterizan la legislación penal española en relación con la persecución de este tipo de delitos.

El Tribunal español pone de manifiesto claramente que no nos encontramos ante una situación de aplicación exclusiva del derecho interno, sino también de las normas de Derecho penal internacional. De ahí que este tipo de normas internas incorporan o reconocen mandatos o prohibiciones preexistentes del Derecho Internacional. Se trataría de normas que no son totalmente autónomas, “(...) en cuanto que en gran medida representan la positivización en el derecho interno de preexistentes normas internacionales de carácter penal, integrantes por sus características y objeto (...) del *ius cogens* internacional y, por ello, con validez obligatoria *erga omnes*, tanto en cuanto a las conductas delictivas como a la aplicación de las consecuencias”. Se trata de normas penales internacionales que establecen prohibiciones o fijan de manera más o menos clara núcleos de conductas penalmente reprochables, pero si establecer normalmente ni la sanción penal, ni los procedimientos para imponer ésta, ni la jurisdicción encargada de hacerlo, etc.

Para responder a las dificultades que plantea la aplicación de este tipo de normas, la AN distingue entre las normas internacionales convencionales y las de origen consuetudinario. Las primeras forman parte del ordenamiento interno de conformidad con las previsiones incluidas en nuestra Constitución y pueden tener carácter *self-executing* o, por el contrario, requerir de normas internas específicas de adaptación. En cambio, la aplicación de las normas consuetudinarias plantea mayores dificultades. El problema fundamental es cómo aplicar este tipo de normas por el juez en el caso de que no vengán expresamente recogidas en el ordenamiento interno y, sobre todo, cual es su contenido, tanto en la fijación de las conductas, como en la pena a imponer. La AN afirma que, a pesar de la validez universal o *erga omnes* de dichas normas, “(...) si no están expresamente recogidas en el derecho interno resultan de facto inaplicadas y posiblemente desde un punto de vista técnico inaplicables, no pasando de ser algo parecido a un derecho puramente simbólico, a no ser que terminen incorporándose al ordenamiento interno (...)”. En nuestra opinión, es comprensible que los jueces encuentren dificultades para aplicar las normas consuetudinarias de carácter imperativo relativas a normas penales que no se encuentran recogidas en disposiciones legales internas, pero calificarlas de derecho meramente simbólico supone pasar por alto que este tipo de normas incardina los valores superiores del ordenamiento internacional.

Finalmente, la Audiencia Nacional mantiene que, una vez positivizadas las normas internacionales con carácter imperativo en el ordenamiento interno para posibilitar su aplicación, las normas internas han de respetar el contenido esencial de las mismas. Así, la norma interna no puede olvidar que la norma internacional era ya obligatoria *per se* o que es la totalidad de los Estados en su conjunto, y no un Estado concreto, quienes tienen un interés en el enjuiciamiento y sanción de los crímenes contra la humanidad, ya que su finalidad es la protección de valores superiores de la humanidad.

## **2.2. Carácter universal de los crímenes contra la humanidad**

El carácter universal de los crímenes contra la humanidad lleva a Audiencia Nacional a la conclusión de que existe una *opinio iuris cogens* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe el genocidio, la trata de esclavos, la agresión o, en general, los crímenes contra la humanidad. Aunque en el Derecho Internacional contemporáneo no ofrece duda alguna esta consideración, la AN considera adecuado llevar a cabo una exposición del origen y evolución de esta clase de crímenes en el

ordenamiento internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, pasando por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, en la que fueron explícitamente confirmados los principios de Derecho Internacional reconocidos por el régimen jurídico del Tribunal de Nuremberg y por la sentencia de este Tribunal, hasta la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 que proclamaba la necesidad de una cooperación internacional en lo que respecta a la detección, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Del examen de estos instrumentos internacionales se deriva claramente que los principios de Nuremberg se integran en el Derecho Internacional consuetudinario. También resulta indiscutible que esta clase de crímenes tienen a la vez una naturaleza convencional y consuetudinaria, lo que implica, como veremos más adelante, que la interacción de dos clases de normas tiene importantes efectos en materia de legalidad penal.

Por lo que se refiere a su definición, esta clase de crímenes se caracteriza por ser “(...) la comisión sistemática o a gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de un conjunto de actos criminales”. Todos estos actos han de responder a un plan o política preconcebidos que no deben producirse necesariamente en tiempos de guerra. El hecho de que el sujeto activo sea un grupo que actúa desde el poder o que neutraliza al poder legítimo, es uno de los elementos que vienen a internacionalizar esta clase de delitos. La imposibilidad o las dificultades obvias a las que se enfrenta la persecución interna de los crímenes contra la humanidad es la razón fundamental por la que se ha creado esta figura que viene a garantizar precisamente su percusión más allá de las fronteras del estado en el que se cometieron. Por otra parte, para confirmar la aplicabilidad universal de este tipo de crímenes, la AN menciona diversos precedentes de aplicación del artículo 6c del Estatuto del Tribunal de Nuremberg por parte de diferentes tribunales nacionales. De las consideraciones anteriores, la AN deduce que el tipo de delito de lesa humanidad resulta plenamente aplicable en la persecución de la represión ocurrida en Argentina, pues está vigente en el Derecho Internacional desde hace décadas la obligación de reprimir este tipo de comportamientos.

### **2.3. Consecuencias directas derivadas del principio de responsabilidad individual penal internacional por crímenes contra la humanidad.**

A partir de los juicios de Nuremberg se reconoce que existen deberes que incumben a los individuos en virtud del Derecho Internacional y que, en consecuencia, aquellos individuos que cometan crímenes internacionales han de ser perseguidos por violar el propio Derecho Internacional. En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional afirma en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) que el Derecho Internacional es autónomo en la tipificación penal de los crímenes contra la humanidad y que, en el contexto de las obligaciones internacionales de los individuos, no ofrece duda alguna la supremacía del Derecho penal internacional sobre el derecho nacional. Asimismo, la responsabilidad penal internacional del individuo determina una excepción al principio de territorialidad en el ejercicio de la jurisdicción penal a favor del principio de jurisdicción universal de los tribunales internos. Este tipo de responsabilidad es exigible a todos los responsables, con independencia del grado jerárquico que ocupen, siempre que hayan participado en la comisión de este tipo de hechos bien sean consumados, intentados o planificados.

#### 2.4. El problema de la tipicidad e irretroactividad de la norma penal aplicable

Como hemos avanzado anteriormente, las consideraciones generales realizadas por la Audiencia Nacional van esencialmente encaminadas a justificar la aplicación del precepto penal contenido en el artículo 607 bis del Código penal de 1995 a hechos sucedidos con anterioridad. Por lo que se refiere a la posible ausencia de norma penal en el momento de realización de los hechos, la AN considera que no resulta vulnerado el principio de legalidad penal en este caso, pues la figura de los crímenes contra la humanidad existe en el Derecho Internacional desde hace varias décadas. Incluso, sería suficiente su consideración como tales en el Derecho Internacional, aunque el derecho interno no contuviera previsiones al respecto. El hecho de que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de sancionar este tipo de infracciones no afecta a la vigencia de tales normas.

Sin embargo, la tipicidad de este tipo de crímenes en virtud de normas consuetudinarias y principios generales de derecho se caracteriza por su ambigüedad e inseguridad hasta el momento en el que se produce su codificación. La AN sostiene que los Estatutos de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia y de Ruanda recogen aquel grupo de normas del *ius cogens* internacional y “(...) vienen a definir el núcleo esencial de la conducta prohibida u ordenada (...).

La reinterpretación así realizada del principio de legalidad en materia penal lleva a la AN a la conclusión de que en el momento de realización de los hechos existían normas internacionales de carácter consuetudinario que prohibían las conductas llevadas a cabo durante la dictadura militar argentina en la llamada lucha contra la subversión. Por ello, la posterior tipificación de este tipo de conductas añade únicamente una mayor certeza en la conducta prohibida u ordenada.

Por otra parte, tanto el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos confirman este razonamiento, pues establecen, en la regulación del principio de legalidad penal, una salvedad tendente a evitar que la comisión de conductas consideradas delictivas, con arreglo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas o por la comunidad internacional en el momento de cometerse, queden impunes. La AN alega también para justificar su argumentación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 marzo 2001, en el caso *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* en la que se trata de la posible vulneración del artículo 7 del Convenio Europeo. En esta sentencia, el Tribunal Europeo ha considerado que los interesados fueron condenados por actos que, en la época en que se cometieron, constituían claramente delitos con arreglo a las normas internacionales relativas a la protección de los derechos humanos.

A continuación, la sentencia se adentra en el examen de las normas internacionales que obligaban al país en el que sucedieron los hechos, esto es Argentina, a respetar los derechos humanos más elementales, ya que el problema del principio de legalidad ha de abordarse desde el punto de vista más próximo de la norma de derecho penal aplicable. En este caso es el derecho español, pero, dado que se trata de hechos sucedidos en Argentina y realizados por ciudadanos de ese Estado, ha de tenerse en cuenta también, el derecho argentino a la hora de valorar estas conductas. En este sentido, la propia Constitución argentina vigente establecía la obligación de respetar estos derechos y no existía ninguna razón legítima para proceder a su derogación. No existía un estado de guerra declarada, que hubiera dado lugar a la correspondiente

legalidad aplicable incluso en materia de derechos humanos en caso de guerra, y la lucha contra la subversión podría haber conllevado la derogación de ciertos derechos, pero no puede ser legítimamente alegado por el acusado ni por ninguna otra persona el desconocimiento de que conductas realizadas constituirían un masivo y sistemático ataque a los derechos humanos mas elementales. Así pues, es evidente, según la Audiencia Nacional, que las conductas imputadas al condenado se encontraban tipificadas en el derecho penal argentino de la época y así fue constatado por la propia justicia argentina en la Causa 13/84, de la que se incluyen amplias referencias en la sentencia.

En cuanto al problema de la relación entre el derecho penal internacional y el derecho interno se han de compaginar las exigencias derivadas del Derecho Internacional con las del derecho interno, con la condición de que no puedan quedar impunes conductas que resultan claramente tipificadas en el ámbito del Derecho Internacional. En este sentido la AN afirma que la recepción de la norma penal internacional en el derecho interno “(...) no sólo puede limitarse a recibir la descripción del tipo penal y a asignarle una pena factible en derecho interno, sino (...) que también debe recoger o asumir el ámbito de aplicación de dicha norma, incluido el espacio-temporal de la misma”. Ello se deriva de la naturaleza jurídica no autónoma de las normas penales internas en esta materia y a que nos les resultan así aplicables los principios penales tradicionales.

Por otra parte, se niega que la inclusión del delito de crímenes contra la humanidad en nuestro Código Penal tenga como única finalidad permitir en el ordenamiento español, pero sólo de cara al futuro y para el ámbito interno español, la persecución de este tipo de crímenes, dando así cumplimiento formal a la exigencia derivada del principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional o de la obligación de cooperar con dicho Tribunal, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional que desde hace décadas prohibía ese tipo de conductas.

Finalmente, la Audiencia Nacional considera adecuado justificar porque los hechos fueron englobados en el pasado en la figura del genocidio mediante el Auto del Pleno de 4 de noviembre de 1998. El ordenamiento interno español no se adecuaba hasta el 1 de octubre pasado al Derecho Internacional al no incluir en el Código Penal los crímenes contra la humanidad. Por ello, la única tipificación existente de los crímenes contra la humanidad la proporcionaba el delito de genocidio previsto en el artículo 137 bis, 1º del Código Penal de 1973, y en el artículo 607 del Código Penal de 1995 a partir de la entrada en vigor de este Código. La inexistencia de regulación concreta de otras figuras de crímenes contra la humanidad “(...) únicamente podía ser paliada por una interpretación amplia del delito de genocidio, ajustando el concepto técnico primitivo superrestringido que se contenía en la Convención sobre Genocidio a la evolución que se había producido posteriormente en el seno de la Sociedad Internacional, (...)”. Por otro lado, la incorporación de la figura del genocidio, que se produjo inicialmente para adaptarse al Convenio de las Naciones Unidas sobre Genocidio, no puede considerarse que se realizó con la intención de permanecer inmutable a lo largo del tiempo. En esta parte de la sentencia, la AN menciona las diferencias existentes entre los Estados, a la hora de elaborar el concepto de genocidio, que llevaron finalmente a la exclusión de los grupos políticos.

En definitiva, ante la deficiente regulación existente hasta hace poco tiempo en el ordenamiento interno de los crímenes contra la humanidad es totalmente legítimo, a

juicio de la Audiencia Nacional, apartarse del concepto artificial y restrictivo de genocidio, y permitir la incorporación de los delitos contra la humanidad, en sus expresiones más graves, a través de la regulación del genocidio. La interpretación del tipo penal del genocidio, que resultó condicionada en su regulación convencional por el contexto político internacional de la época, no ha de quedar anclada sin adaptarse a las nuevas circunstancias. Por todo ello, se afirma que no puede considerarse que el anterior tipo penal de genocidio fue forzado para incluir las conductas atribuidas al acusado. Es también la misma evolución del derecho la que vuelve a restringir y devuelve la regulación del genocidio en nuestro ordenamiento jurídico al tipo más específico de los crímenes contra la humanidad. Además, se añade que la tipificación penal del genocidio respondía al objetivo de buscar un fundamento en el derecho interno que permitiera desencadenar la actuación jurisdiccional internacional mediante la aplicación de la norma penal internacional, y dar así cobertura a la actuación extraterritorial de los tribunales nacionales. En nuestra opinión, el razonamiento seguido por la Audiencia Nacional en este aspecto, si bien responde al objetivo legítimo de evitar que quede impune la comisión de delitos de lesa humanidad, es ciertamente discutible.

## **2.5. Sobre la aplicabilidad general de los crímenes contra la humanidad.**

A pesar de que en el Auto de la propia Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998 se afirmó claramente la competencia universal para el enjuiciamiento de este tipo de crímenes, en esta sentencia se procede a una extensa justificación de la competencia de los tribunales españoles para actuar en relación con este tipo de crímenes. Creemos que la razón de la inclusión de tan amplias referencias a esta cuestión reside en el hecho de que el Tribunal Supremo viene manteniendo una visión más restrictiva del principio de jurisdicción universal, aunque se admita la competencia de los tribunales españoles si existe un punto de conexión con un interés español (vid. Sentencia del Tribunal Supremo 6783/2004, de 15 de noviembre). Se cita en su apoyo incluso la argumentación desarrollada por el juez argentino Caballo, en Auto de 6 de marzo de 2001, en el que se contiene, entre otras las siguientes afirmaciones: “(...) el carácter de *ius cogens* y *erga omnes* que se les reconoce a algunas conductas consideradas como crímenes contra el Derecho de Gentes. Una primera consecuencia que surge ante la comisión de conductas de esta naturaleza es que la Humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal, aún cuando el derecho doméstico del Estado o Estados donde tuvieron lugar no las considere prohibidas penalmente (...). Toda la humanidad y los Estados en que ésta se organiza tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción punitiva a sus autores o partícipes. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal) (...) al enjuiciar y penar a los responsables el Estado (incluso el del territorio donde los hechos ocurrieron) actuará en interés del conjunto de la comunidad internacional, interés superior al suyo individual”.

En definitiva, la característica fundamental de los crímenes contra la humanidad es que pueden ser perseguidos internacionalmente. Si bien lo menos complicado es que sean perseguidos por un Tribunal Internacional general o “ad hoc”, lo importante es que cuando tal persecución internacional no ha podido realizarse no queden impunes, por lo que resulta adecuada la actuación de una jurisdicción nacional en estas circunstancias. En consecuencia, “(...) lo que es determinante es la internacionalidad del delito y la necesidad asumida desde la comunidad internacional de que sea perseguido (...). Por ello es totalmente legítimo que en estos casos un Estado asuma la defensa de los

intereses de la comunidad internacional, sin que tal modo de actuar pueda ser considerado como injerencia en los asuntos de otros, sino que es la propia comunidad internacional la que exige la responsabilidad penal individual. A todo ello, podría añadirse, en aras de justificar la persecución por parte de los tribunales españoles, el interés en la defensa de sus nacionales víctimas del delito.

En apoyo de su argumentación, la Audiencia cita diversos precedentes de ejercicio de la jurisdicción universal por parte de tribunales nacionales en la persecución de infracciones a los Convenios de Ginebra de derecho humanitario, la Convención del Genocidio y el Convenio contra la Tortura. También se mencionan precedentes en relación con la persecución penal del terrorismo, pero, tal y como se sostiene en la sentencia, resulta dudosa la aplicación del principio de universalidad en este ámbito. En cambio, resulta cada vez más aceptable el ejercicio de la jurisdicción universal para la represión del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en caso de apresamientos de buques practicados, previa autorización del Estado del pabellón, en alta mar.

Por último, se alega también para justificar la actuación de la jurisdicción española la falta de persecución penal de los hechos en la propia Argentina. En este tipo de supuestos, no resultaría adecuado el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de tribunales internacionales o nacionales cuando las autoridades competentes territoriales han llevado a cabo una persecución eficaz. El problema fundamental que se plantea es que no es fácil determinar cuando se ha ejercido la jurisdicción de una forma eficaz. En este sentido, la Audiencia Nacional mantiene que resultan útiles los criterios contenidos en el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en relación con el principio de complementariedad, a la hora de determinar si se ha ejercido o se está ejerciendo jurisdicción efectiva por parte del Estado en cuestión. En este caso, el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina que ha dado lugar a una situación de impunidad total de los responsables penales de los hechos, salvo en el caso de que queden definitivamente anuladas las Leyes de punto final y obediencia debida. Esta dificultad de realizar la persecución penal en Argentina es la que determina que sea la comunidad internacional quien asuma esta responsabilidad.

### **3. ARTÍCULO 10.2 CE. ¿EXISTE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A ENTRAR EN ESPAÑA?**

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 4 de abril de 2005.**  
Ponente: D. Javier Delgado Barrio. *RTC 72/2005*

El Tribunal Constitucional recuerda en la Sentencia de 4 de abril de 2005 que, a la hora de determinar en qué medida el artículo 13.1 CE extiende a los extranjeros derechos fundamentales recogidos en el artículo 19 CE, no sólo el artículo 13.1 se remite expresamente a los tratados, sino que el artículo 10.2 CE establece también un criterio para la interpretación de los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento de conformidad con los criterios previstos en los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España. Se trata, en particular, de examinar el contenido de los derechos garantizados por los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 y de otros instrumentos

internacionales sobre la misma materia para tratar de responder a la cuestión de si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente, basándose en la regulación contenida en los artículos 12 y 13 del Pacto, que los extranjeros que se hallen legalmente en España “tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”, y solo podrán ser expulsados del territorio nacional en virtud de una decisión adoptada conforme a la ley (SSTC 94/1993, de 22 de marzo; 242/1994, de 20 de julio; y 24/2000, de 31 de enero).

Si bien se deduce claramente del contenido del artículo 13.1 CE que no incluye el derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España, el Tribunal Constitucional lleva a cabo una interpretación sistemática del mismo en el marco de los instrumentos internacionales ratificados por España sobre esta materia. En efecto, el artículo 12 del PIDCP reconoce a toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado el derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia, y el derecho de todas las personas a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. Además, dicho precepto afirma que nadie sea arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país. El artículo 13 del Pacto garantiza que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado “sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce a todos el derecho a salir de cualquier país, pero sólo garantiza el derecho a entrar en el país propio (art. 13). Incluso, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta también el contenido del Protocolo n.º 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (firmado, pero aún no ratificado por España), para la correcta interpretación de los derechos reconocidos a los extranjeros por nuestra Constitución. Igualmente en este instrumento jurídico se reconoce el derecho de toda persona a abandonar cualquier país (art. 2) y el derecho a no ser expulsado del Estado del que sea ciudadano (art. 3.1), pero el derecho a entrar sólo se reconoce con respecto “al territorio del Estado del cual (se) sea ciudadano” (art. 3.2).

En definitiva, el Tribunal Constitucional concluye que “no hay, pues, ambigüedad ninguna ni en la literalidad del art. 13.1 CE ni en la interpretación sistemática que lo proyecta sobre el art. 19 CE en relación con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, de suerte que hemos de concluir que el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los extranjeros” (fj. 7º).

#### **4. ARTÍCULO 10.2 CE. EFECTOS DE LOS DICTÁMENES DEL CÓMITE DE DERECHOS HUMANOS. DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA PENAL.**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 8 de abril de 2005.** Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta. *RJ 2005/3388*

El recurrente alega en esta sentencia la posible inconstitucionalidad de la regulación del recurso de casación, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues, tal y como está configurado en nuestro sistema jurídico, no permite la plena revisión del fallo judicial por una instancia superior al no ser posible una nueva evaluación de la prueba. El recurrente alega, en apoyo de sus pretensiones, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000 en el

se condena a España por vulnerar el derecho a la doble instancia penal, en virtud del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y se insta a adoptar las medidas necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones similares. En opinión del condenado, el cumplimiento de los tratados internacionales que España ha celebrado en materia de derechos humanos y, en particular, el Pacto de Nueva York y el Convenio de Roma obligan al Estado español a permitir la plena revisión del enjuiciamiento por una instancia superior.

En definitiva, se trata de determinar si, en virtud del artículo 10.2 CE, los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptadas en el marco del Pacto y del Protocolo n.º 1. La cuestión objeto de la presente sentencia no es nueva, ya que viene planteándose de forma reiterada en numerosos recursos ante el Tribunal Supremo (vid. a este respecto: Sentencias 762/2001, de 30 de abril; 1860/2000 de 4 de diciembre; 2393/2003 de 19 de febrero de 2003), y también ante el propio Tribunal Constitucional (Sentencia 70/2002, de 3 abril).

El Tribunal Supremo considera que la exigencia de la celebración de nuevo juicio con repetición completa de la prueba no encuentra fundamento en el enunciado de los artículos 14.5 del Pacto ni en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio de Roma. Esta vía no añadiría ninguna garantía en el procedimiento, pues lo importante, tal y como lo requieren los tratados internacionales, es que la valoración de las pruebas en las que se basa la sentencia condenatoria pueda ser revisada por un Tribunal superior. Sin embargo, el TS no alude en su razonamiento al Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20 de julio de 2000 y se ciñe exclusivamente al contenido del Pacto y del Protocolo n.º 7 del Convenio de Roma. En todo caso, no nos sorprende esta ausencia, ya que el TS ha afirmado reiteradamente que los dictámenes del Comité no tienen el valor de títulos ejecutivos, lo que se deduce tanto del Pacto como del Protocolo Facultativo 1º. Este último instrumento se limita a prever la posibilidad de presentar comunicaciones ante el Comité en las que se alegue la vulneración de alguna de sus disposiciones por parte de un Estado parte (vid. Auto del TS de 14 de diciembre de 2001). Por otra parte, la jurisprudencia del TS se apoya en el hecho de que el Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos otorga un amplio margen de discrecionalidad a los Estados a la hora de establecer el derecho de revisión de las sentencias condenatorias por un tribunal de mayor jerarquía.

En fin, la negativa constante del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional a reconocer la vulneración del derecho a la doble instancia penal no es coherente con la jurisprudencia de nuestros órganos jurisdiccionales en la que se hacen continuas referencias a las decisiones de los órganos internacionales de control de los derechos humanos. No obstante, corresponde al legislador adoptar las medidas necesarias para dar plenos efectos a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos.

## **5. ARTÍCULO 10.2 CE. DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD Y DISOLUCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**

**Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2005 (Sala especial del art. 61 de la LOPJ).** Ponente: Excmo Sr. D. Román García Varela.

La Sala Especial del Tribunal Supremo (artículo 61 de la Ley Orgánica del poder Judicial) es llamada a pronunciarse sobre la legalidad de las asociaciones electorales “Aukera Guztiak” en el marco de lo previsto en los artículos 10 y siguientes de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos. La Sentencia de 26 de marzo de 2005 que pone fin a este procedimiento supone la continuación de la línea iniciada en la Sentencia de 27 de marzo de 2003 relativa a la ilegalización de los Partidos Políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, pues el artículo 44.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, introducido por la disposición adicional segunda, apartado 1, de la Ley de Partidos Políticos impide la presentación de candidaturas por parte de «las agrupaciones de electores que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido». Conviene recordar que el Tribunal supremo ya ha tenido ocasión de aplicar esta disposición en tres procesos electorales a raíz de los intentos de perpetuar la actividad de los partidos ilegalizados Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna por distintas agrupaciones de electores en las elecciones municipales y autonómicas de 2003, así como en las elecciones al Parlamento Europeo de 2004 (Sentencias 4452/2003, de 3 de mayo; 6404/2003, de 5 de octubre; 4114/2004 de 21 de mayo de 2004). También se ha pronunciado sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional (Sentencias 85/2003, de 8 de mayo, 176/2003, de 10 de octubre, y 99/2004, de 27 de mayo).

Es preciso recordar que el artículo 10.2 de nuestra Constitución prevé un cauce de influencia continua de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, a la hora de interpretar y aplicar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los órganos administrativos y judiciales se adecuaran al contenido de los mencionados instrumentos. En esta labor no sólo se tendrá en cuenta el contenido de los instrumentos internacionales sino también los pronunciamientos de los órganos internacionales de control de los derechos humanos y, en particular, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En este sentido, la jurisprudencia española relativa a la ilegalización de partidos políticos y asociaciones electorales se apoya reiteradamente en la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Europeo y, en particular, en la sentencia de 13 de febrero de 2003, *Caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) c. Turquía*. Sin embargo, las referencias explícitas a la doctrina del TEDH no son muy abundantes en esta sentencia. Ello es perfectamente comprensible, pues las sentencias anteriores contienen amplias referencias a los argumentos desarrollados por el Tribunal Europeo en esta materia (vid., entre otras, STEDH de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*; 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista contra Turquía*; 8 de diciembre de 1999, *Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía*; y 2 de octubre de 2001, *Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden contra Bulgaria*).

Así el Tribunal Supremo recuerda que ya puso de manifiesto en la sentencia de 27 de marzo de 2003 que “(...) el pluralismo político, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico conforme señala el artículo 1.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836), goza de una posición preeminente en nuestro sistema constitucional y de una dimensión trascendente e informadora tanto de ese mismo sistema como del ordenamiento jurídico en su conjunto”. Para corroborar que en nuestro sistema tienen encaje todas las ideas y todos los proyectos políticos el Tribunal Supremo recurre a la jurisprudencia del Tribunal Europeo (Sentencias de 7 de diciembre de 1976 o de 13 de febrero de 2003). En efecto, el TS considera que “tienen incluso acogida (...) aquellas

ideas que fueren contrarias al sistema constitucional, pretendan su sustitución o derogación o, desde luego, postulen fórmulas de organización territorial distintas a las elegidas por el constituyente” (fj. 1º). En el párrafo mencionado, el Tribunal Supremo acepta la doctrina contenida en la Sentencia del TEDH de 2 de octubre de 2001, sin mencionarla explícitamente, en la que se señala que “el hecho de que un grupo de personas pida la autonomía o incluso la secesión de parte del territorio del país, y por tanto, exija cambios constitucionales y territoriales fundamentales, no puede automáticamente justificar la prohibición de sus reuniones (...)”.

La única limitación que se impone al pluralismo político por nuestra Constitución, en plena sintonía con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos “(...) es que la defensa de sus postulados por los partidos políticos debe hacerse respetando la legalidad y por cauces democráticos, nunca a través de la violencia ni cercenando derechos fundamentales de los demás, (...)” (fj. 1º). Así, el Tribunal Supremo entiende que nuestro ordenamiento acepta cualquier ideología, siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales.

También a la hora de seleccionar los criterios para apreciar si la agrupación electoral cuya candidatura es objeto de impugnación es sucesora de los partidos ilegalizados, el Tribunal Supremo acude a la jurisprudencia del TEDH. Para comprobar la existencia de una estrategia defraudatoria por parte de la agrupación de electores, el Tribunal Supremo procede a adoptar una técnica analítica de conjunto en cuanto a la valoración de las pruebas. Este modo de actuar ha sido aceptada por la Sentencia de 13 de febrero de 2003 del TEDH. De este modo, el Tribunal Supremo considera que, además de examinar elementos concretos de prueba “(...) será necesario efectuar una observación más global del conjunto de los elementos de convicción, a fin de llegar, a una conclusión precisa sobre la verdadera naturaleza y sentido de la actividad de la agrupación de electores cuya proclamación se ha impugnado” (fj. 4º).

En este contexto, el Tribunal Supremo, al igual que en las sentencias precedentes y siguiendo la jurisprudencia del TEDH, procede a aplicar la técnica del levantamiento del velo para determinar si tras la agrupación de electores “Aukera Guztiak” se ocultan los partidos políticos ilegalizados o sus organizaciones sucesoras.

## **6. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.**

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), de 27 de abril 2005.** Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas. *RJ* 2005/137234.

En el Auto del Tribunal Supremo de 27 de abril se plantea la cuestión de los efectos en el ordenamiento español de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en las que España haya resultado condenada por violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El presente asunto tuvo su origen en el Auto del TS de 1 de septiembre de 1997 que determinó que la interposición del recurso de casación por parte de la recurrente tuvo lugar una vez caducado el plazo legalmente establecido, ya que la presentación en el Juzgado de Guardia de escritos sujetos a un plazo perentorio debe realizarse el último día del término pertinente. Una vez agotados los recursos internos, la demandante interpuso un recurso ante el TEDH que estimó que

el TS había llevado a cabo una interpretación excesivamente rigurosa de una norma procesal que supuso la privación del derecho de acceso al Tribunal para que examinara el recurso de casación, produciéndose, de este modo, una violación del artículo 6 del Convenio. En este contexto, la demandante considera que la obligatoriedad de la sentencia del TEDH implica que el TS ha de declarar la nulidad del Auto de 1 de septiembre de 1997.

La problemática suscitada al hilo de este asunto no es realmente novedosa, pero nos muestra claramente los problemas que sigue planteando en nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de las sentencias del TEDH cuando la vulneración del Convenio fue causada por una decisión judicial que ya ha adquirido fuerza de cosa juzgada. El Tribunal Supremo afirma, basándose en su Auto de 9 de diciembre de 2002, que el Convenio no obliga a dar efecto interno a las sentencias del TEDH ni a introducir reformas legales a ese fin, pues, en virtud del artículo 41 del Convenio, si el Tribunal declara que ha tenido lugar una violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Estas consideraciones llevan al TS a la conclusión de que “tan legítima es, por lo tanto, desde el punto de vista del CEDH, la posibilidad de la ejecución de la sentencia TEDH en sus propios términos, como la imposibilidad de esa ejecución y la concesión de la satisfacción equitativa, (...)”, y que “el estado no incumple obligación alguna si no establece cauces procesales específicos para que los órganos del Poder Judicial puedan dar cumplimiento en sus propios términos a las sentencias del TEDH (...)” (fj. 3º).

Se apoya el Tribunal Supremo en los siguientes argumentos: si bien corresponde a las partes ejecutar las sentencias del TEDH, corresponde al Comité de Ministros velar por su ejecución (Art. 46.2 del Convenio), el cual ha desarrollado este mandato en una normativa de 10 de enero de 2001, en la que se especifica que examinará si efectivamente se ha pagado la satisfacción concedida en la sentencia condenatoria y, respetando la discrecionalidad de medios que concede a los Estados para ejecutar las sentencias, examinará las medidas adoptadas para poner fin a la violación y que la parte lesionada ha vuelto “en la medida de lo posible” a la situación existente antes de que tuviera lugar la violación; también se alude al hecho de que las sentencias del TEDH no son títulos ejecutivos, la ratificación del Convenio se llevó a cabo mediante el procedimiento del artículo 94 y no el del 93 y que su jurisprudencia constituye, en virtud del artículo 10.2 CE, un cauce para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales de nuestra Constitución.

El TS examina también en esta sentencia si la modificación del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 mayo facilitaría el dictar la nulidad de una resolución judicial española cuando el TEDH ha declarado posteriormente la existencia de una violación del Convenio. Sin embargo, nuestro Alto Tribunal considera que el ordenamiento español no dispone de las vías pertinentes para anular las resoluciones firmes a las que la sentencia del TEDH afecta, pues conceder la nulidad requerida supondría reconocer a las sentencias del Tribunal Europeo naturaleza ejecutiva. Ello no impide que las sentencias del Tribunal Europeo, además de entregar la satisfacción que se hubiera concedido y de otras medidas de ejecución que se adopten, tengan también una considerable importancia como criterio hermenéutico, en virtud del artículo 10.2.

## **7. ARTÍCULO 10.2 CE. LA RELACIÓN ENTRE CIERTOS DAÑOS AMBIENTALES Y EL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO Y DE LA VIDA PRIVADA, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de febrero.** Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Díaz Roldán. *RJCA 2005/101*

El Tribunal Superior de Justicia de la Rioja procede a aplicar en la presente Sentencia la consagrada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la relación existente, en casos de especial gravedad, entre ciertos daños ambientales, aun en el caso de que no pongan en peligro la salud, y la vulneración del derecho al respecto de la vida privada y familiar, impidiendo el disfrute de su domicilio, consagrado en el artículo 8 del Convenio de Roma. A esta doctrina se refieren la sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1990, *caso Powell y Rayner contra Reino Unido*, en la que declaró que «el ruido de los aviones en el aeropuerto de Heathrow disminuyó la calidad de la vida privada y el encanto del hogar [de cada uno] de los demandantes»; la sentencia de 9 de diciembre de 1994, *caso López Ostra contra Reino de España* relativo a la contaminación por los ruidos y los olores de una depuradora, en la que el Tribunal consideró que «los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio de manera que perjudiquen su vida privada y familiar, sin poner en grave peligro la salud de la interesada»; y la sentencia de 19 de febrero de 1998, *caso Guerra y otros contra Italia*, donde el Tribunal señaló que «la incidencia directa de las emisiones [de sustancias] nocivas sobre el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar permitía concluir con la aplicación del artículo 8». De este modo, el TEDH ha establecido claramente que se puede violar el derecho al respeto del domicilio no sólo por medio de una vulneración material o corporal, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también a través de una vulneración inmaterial o incorporal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias.

En el presente caso, el actor sostiene que resulta imposible la estancia y el descanso en su domicilio como consecuencia de la instalación de bandas transversales en la carretera a la altura de su vivienda, pues producen un ruido frecuente e intenso al transitar los vehículos por las mismas. El Tribunal de la Rioja recuerda, en primer lugar, que está científicamente acreditado, en particular, mediante las directrices de la Organización Mundial de la Salud, que la exposición prolongada a niveles elevados de ruidos puede tener consecuencias negativas para la salud de las personas. En segundo lugar, el Tribunal afirma que los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución deben interpretarse, en virtud del artículo 10.2 CE, de conformidad con las sentencias del TEDH, de modo que se podrá vulnerar el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 CE cuando los niveles de ruido que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, superen el nivel a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud. Finalmente, se llega a la conclusión en este asunto que, si bien no pueden considerarse que la contaminación acústica provocada por las bandas transversales en la calzada ponga el peligro la salud del recurrente o de su familia, sí afecta al derecho a disfrutar de su

domicilio, repercutiendo negativamente en su intimidad personal y familiar, de forma que se está violando el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 CE.

Esta doctrina del Tribunal Europeo aparece recogida en sentencias previas de nuestros tribunales (vid. la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1996 de 3 diciembre y sentencia del Tribunal Supremo 4920/2003, de 10 de abril). Es sobretodo en la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 29 de mayo donde se recurre de una forma más amplia a la jurisprudencia mencionada, pero la aplicación al caso concreto fue incorrecta, pues, a pesar de estar suficientemente acreditado la existencia de un alto nivel de contaminación acústica en el área donde habita la demandante, se rechazó el recurso de amparo porque, en opinión del TC, no se había probado la intensidad de los ruidos en el interior de su vivienda. Este asunto fue llevado por la afectada al TEDH el cual ha apreciado que España no cumplió su obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, vulnerando así el artículo 8 del Convenio (Sentencia de 16 de noviembre de 2004, *caso Moreno Gómez contra España*). Sorprende que esta sentencia no sea mencionada por el Tribunal de La Rioja. Sin embargo, a la luz del mencionado pronunciamiento judicial del TEDH, el Tribunal Constitucional ha procedido recientemente mediante el Auto 37/2005, de 31 de enero a reconsiderar la previa inadmisión de un recurso de amparo planteado en un asunto en el que existe una identidad entre los hechos del caso y los enjuiciados por el Tribunal Europeo.

En fin, es de esperar que tras la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Moreno Gómez contra España*, el Auto del Tribunal Constitucional y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja no plantee dudas a nuestros jueces y tribunales la aplicación en la práctica de la doctrina del Tribunal Europeo relativa a la vulneración del derecho al respeto del domicilio y de la vida privada consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo, como consecuencia de la contaminación acústica.

## **8. DERECHO DE ASILO. ARTÍCULO 96.1 CE.**

**Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 26 de enero de 2005.** Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde. *RJ 2005/1073*

**Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 26 de enero de 2005.** Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde. *RJ 2005/1276*

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005 vienen a enriquecer la abundante jurisprudencia existente en materia de asilo. En efecto, el TS es llamado a pronunciarse cada año en numerosas ocasiones en materia de asilo por la vía del recurso de casación. Por ello, aunque la problemática suscitada al hilo de estas sentencias no sea realmente novedosa, creemos adecuado referirnos en nuestra primera crónica a algunas de las sentencias en esta materia. En la mayoría de los casos, los recursos de casación se plantean como consecuencia de la no admisión a trámite de las solicitudes de asilo y la posterior confirmación por la Audiencia Nacional. La negativa administrativa de admitir a trámite la solicitud se suele basar en la circunstancia b) y d) del citado artículo 5.6 Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de

Refugiado (LRDAR), esto es “que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado” o “que la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección”.

Para la interpretación del derecho de asilo previsto en el artículo 13.1 de nuestra Constitución y regulado en la LRDAR, el Tribunal Supremo recurre a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, pues, además de que la LRDAR se remite expresamente a estos textos internacionales, ambos instrumentos forman de nuestro sistema jurídico en virtud del artículo 96.1 que conforma el sistema de recepción de las normas internacionales. Así, en la sentencia 1276/2005, el TS recuerda su jurisprudencia en la materia la cual, basándose en el artículo 1º.A.2) de la Convención de Ginebra de 28 julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, considera que “el reconocimiento de la condición de refugiado requiere la concurrencia de un triple requisito: uno, la existencia en el solicitante de fundados temores de ser perseguido; de serlo por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; y un tercero, que se encuentre fuera del país de su nacionalidad o, careciendo de esta, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual y no pueda, o no quiera a causa de dichos temores, regresar a ellos y acogerse a su protección”. Además, la persecución ha de tener carácter personalizado y, en el caso de que sea cometida por terceros, ha de ser autorizada o fomentada por los poderes públicos, o bien debida a la falta de actuación de dichos poderes.

Por otra parte, en ambas sentencias se refleja claramente el proceso de aproximación de la condición de refugiado y de asilo entre los Estados miembros de la Unión Europea. Así, con arreglo a la Posición Común de 4 de marzo de 1996 del Consejo de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, la determinación de la condición de refugiado, en virtud de la Convención de 1951, ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los órganos nacionales decidan conceder dicho estatuto, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas. También el TS acude a la posición común de 4 de marzo de 1996 para concretar el concepto de persecución: «el acaecimiento o el temor de acaecimiento de hechos suficientemente graves, por su naturaleza o repetición, que constituyan un atentado grave a los derechos humanos, por ejemplo la vida, la libertad o la integridad física, o que impidan de manera evidente la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país de origen».

En ambos casos, el TS considera que la persecución que se manifiesta no tiene carácter personalizado, y que el recurrente tampoco ha justificado, ni siquiera indiciariamente, el carácter inminente y grave de la persecución alegada. Por otra parte, los recurrentes en ningún momento aluden a motivos concretos de raza, religión, nacionalidad o la pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas de las que pudiera derivarse la persecución manifestada. En definitiva, se concluye que no existe violación de los preceptos de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado.