

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Coordinación a cargo de
Alberto D. ARRUFAT CÁRDAVA
Profesor Agregado de Derecho internacional
Universidad Católica de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. Constitucionalidad del matrimonio homosexual: referencias a la jurisprudencia del TEDH y a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos.—3.2. Conflictos entre normas comunitarias y normas internacionales respecto de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.—3.3. Derecho a la tutela judicial efectiva: dificultades derivadas de la aplicación del ordenamiento de la Unión por órganos judiciales internos.—3.4. La injerencia del Estado en las comunicaciones privadas para la obtención de medios de prueba en el marco de un proceso penal y debido respeto a la vida privada del art. 8 CEDH.—3.5. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de investigación suficiente en un supuesto delito de torturas.—3.6. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción de la prohibición de extraditar nacionales.—3.7. Jurisdicción universal: consolidación de la aplicación del art. 23.4 de la LOPJ.—3.8. Jurisdicción universal: consolidación de la aplicación del art. 23.4 de la LOPJ.—3.9. El derecho del asilo y la obtención de medios probatorios: el valor de los informes de las organizaciones defensoras de derechos humanos.—3.10. Saharauis residentes en campamentos de refugiados en Argelia: concesión de nacionalidad y aplicación nacional de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.—3.11. Inmunidad de ejecución de cuentas bancarias de legaciones extranjeras.

* A partir del núm. 2 de 2012, la crónica de jurisprudencia está a cargo de un equipo compuesto por cuatro coordinadores: Jessica Almqvist (Investigadora Ramón y Cajal en la Universidad Autónoma de Madrid), Alberto Arrufat (Profesor Contratado Doctor, Agregado en la Universidad Católica de Valencia), Cristina Izquierdo (Profesora Titular de Universidad en la Universidad Autónoma de Madrid) y Ana Peyró (Profesora Titular e Investigadora Ramón y Cajal en las Universidades de Cergy-Pontoise y Jaume I), bajo la dirección de los Catedráticos Jorge Cardona (Universidad de Valencia) y Javier Díez-Hochleitner (Universidad Autónoma de Madrid). Cada crónica se elabora bajo la responsabilidad principal de uno de los coordinadores. Naturalmente, los comentarios de sentencias van firmados por sus autores.

1. INTRODUCCIÓN

La presente crónica abarca la jurisprudencia recaída desde julio hasta diciembre de 2012 y sigue los criterios aplicados desde el anterior número de esta *Revista*. Así pues, incluye referencias a los pronunciamientos judiciales y del Tribunal Constitucional que contienen elementos de Derecho internacional público y, en algunos casos, a pronunciamientos en los que los órganos jurisdiccionales no han utilizado en su argumentación instrumentos de Derecho internacional público que podían resultar aplicables. En esta crónica se analizan, en concreto, resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional.

La crónica incluye una presentación general y comentarios a determinadas sentencias que revisten un especial particular desde la perspectiva del Derecho internacional. La presentación general ofrece un repaso general de la jurisprudencia recaída en el semestre, mencionando todas las resoluciones judiciales de interés y destacando las que son objeto de comentarios en la segunda parte de la crónica.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

Durante el segundo semestre de 2012 no han sido muchas, como veremos, las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales españoles o por el Tribunal Constitucional que ofrezcan elementos novedosos desde la perspectiva de la aplicación del Derecho internacional.

Sin perjuicio de una mención previa de aquellas que han tenido una mayor relevancia o impacto mediático, las sentencias reseñadas en esta presentación general se agrupan por voces temáticas (aplicación del Derecho internacional —cuestiones generales—, protección de los derechos humanos, derechos de las personas en situación especialmente vulnerable, Derecho penal internacional, jurisdicción universal, protección internacional del medioambiente, asilo, apatridia, privilegios e inmunidades).

Por su *relevancia e impacto mediático*, merece especial atención la sentencia dictada en amparo por el Pleno del Tribunal Constitucional 138/2012, de 20 de junio, que tiene por objeto el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo declarando la improcedencia de la constitución del partido político Sortu por ser continuidad o sucesión de Batasuna y denegando, consecuentemente, su inscripción en el Registro de partidos políticos. Los recurrentes aducían la vulneración del derecho de asociación, en su vertiente de derecho a la creación de partidos políticos (arts. 6 y 22 CE), en relación con los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] y a la participación política (art. 23.1 CE), así como también con los arts. 10 y 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo y en su fundamentación jurídica se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El Tribunal Constitucional recuerda que para el TEDH el reconocimiento de un partido político es una manifestación del derecho de asociación, que debe recibir una especial protección por ser los partidos políticos elementos estructurales en el funcionamiento de los regímenes democráticos. El Tribunal Constitucional añade que, de acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, la negativa a inscribir un partido político supone una injerencia notable en el derecho de asociación que sólo resulta admisible en los casos más graves, por lo que no resul-

ta suficiente para dicha negativa con examinar sus estatutos y su programa político, sino que es necesario tomar en consideración otros elementos tales la actuación de sus miembros o la existencia de objetivos ocultos. Además, el TC considera que las declaraciones recogidas en los estatutos de Sortu y las manifestaciones de idéntico tenor de sus promotores y dirigentes en el acto de presentación formal de esta formación a favor de las vías exclusivamente pacíficas y democráticas para la consecución de objetivos políticos y el rechazo a la violencia como instrumento de acción política —incluida expresamente la de ETA— han de considerarse un indicio suficiente para entender, en principio, contrarrestada o diluida la eficacia probatoria de otros elementos de convicción de los que se pudiera inferir que el nuevo partido político pudiera intentar continuar o suceder en la actividad de los partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos por sentencia judicial. Además, el TC considera que la limitación para el libre ejercicio del derecho de asociación que supone la denegación de la inscripción controvertida resulta, en este caso, desproporcionada a la vista de los instrumentos de control a posteriori de los que se ha dotado nuestro ordenamiento jurídico mediante las últimas reformas legales, destacando que tales instrumentos de control son también un elemento de ponderación a tomar en cuenta de acuerdo con la doctrina del TEDH.

En este mismo supuesto de resoluciones con *impacto mediático* debe incluirse la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 que modifica el Código civil e introduce el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio. La Sentencia es objeto de un detallado análisis en el apdo. 3.1 de la presente crónica centrado en las abundantes referencias que realiza a la jurisprudencia del TEDH.

Otras dos sentencias que han tenido relevancia mediática han sido las dictadas por el Tribunal Supremo en relación con el acceso al régimen de concierto de centros docentes privados que apuestan por la educación diferenciada por sexos (ROJ: STS 5498/2012, Sala de lo Contencioso, de 24 de julio, y STS 5492/2012, Sala de lo Contencioso, de 23 de julio). En ambos pronunciamientos se alude a la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, para recordar que en ella no se considera que la educación diferenciada por razón de sexo constituya per se discriminación, siendo cuestión distinta que la Administración considere o no que este tipo de centros sea merecedor de apoyo económico con recursos públicos.

En el mes de octubre el Tribunal Supremo dictaba otras dos sentencias en las que la *aplicación general del Derecho internacional* ha tenido una incidencia decisiva en el sentido definitivo del fallo:

— Por un lado, una interesante sentencia (ROJ: STS 7249/2012, Sala de lo Contencioso, de 24 de octubre) relativa a la asignación individual de derechos de emisión a los operadores aéreos en España. Las recurrentes, Avianca, Aerolíneas Argentinas y Aeroméxico, sostenían la existencia de un conflicto entre normas comunitarias y tratados internacionales aplicables al caso, concretamente el Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago y el Protocolo de Kioto, y defendían que debía resolverse en favor de estas últimas. Por su interés, la sentencia es objeto de un preciso análisis en el apdo. 3.2 de la crónica.

— En segundo lugar, una Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 631/2012, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012) sobre los efectos que la entrada en vigor del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados

con el comercio (ADPIC) produjo respecto de la reserva formulada por España al Convenio de la Patente Europea (CPE). Como ya se señaló en dos crónicas anteriores de esta *Revista* (MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 1, pp. 135-139, y *REDI*, vol. LXIII, 2011, núm. 2, pp. 184-192), la jurisprudencia del TS en esta materia parte del reconocimiento de eficacia directa a las disposiciones del ADPIC en el ordenamiento español (a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento de la Unión Europea) y tiene como consecuencia negar que la reserva al CPE en lo que respecta a la imposibilidad de registrar en España productos farmacéuticos registrados antes de 1992 (permitiendo sólo el registro de procedimientos) siga teniendo eficacia en España tras la entrada en vigor del ADPIC, que no permite este tipo de limitaciones al registro. Como también se indicó en dichas crónicas, esta jurisprudencia viene a cerrar una larga polémica doctrinal y tiene enormes repercusiones económicas en el ámbito de la industria farmacéutica. Sin duda las grandes empresas farmacéuticas han salido ganando.

La influencia de la jurisprudencia del TEDH ha continuado siendo intensa en diversas sentencias relacionadas con la *protección de los derechos humanos*, especialmente del Tribunal Constitucional. Dentro del periodo que analizamos, cabe mencionar la STC 241/2012, de 17 de diciembre, relativa al secreto de las comunicaciones, que abordó el conflicto planteado entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la intimidad y a la propia imagen en un caso en el que la información por la que se había despedido a la recurrente había sido obtenida a través de un programa oculto. El Pleno del Tribunal Constitucional recoge en su fundamentación la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH caso *Malone c. Reino Unido*, de 1984, y caso *Copland c. Reino Unido*, de 2007) para concluir resolviendo en contra del solicitante de amparo.

La Sentencia de la Sala primera del Tribunal Constitucional 145/2012, de 2 julio, reviste particular interés pues tuvo que pronunciarse en relación con una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por selección irracional y arbitraria de las normas jurídicas aplicables, en la medida en que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no aplicó una sentencia previa del TJUE. Como se desarrolla en el comentario contenido en el apdo. 3.3 de la crónica, se trata de una sentencia importante pues apoya la construcción de una doctrina (en referencia a la STC 58/2004, de 19 de abril) que admite que la incorrecta aplicación por los órganos judiciales del ordenamiento de la Unión puede constituir una infracción del art. 24.1 CE.

Casi al final del periodo analizado, el 12 de diciembre, el Pleno del Tribunal Constitucional dictaba el Auto 239/2012, que levanta la suspensión de la vigencia de los arts. 1 y 2 del Decreto Vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobado a raíz de las medidas adoptadas por el Gobierno del Estado en el Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Con anterioridad a su reforma en 2012, el art. 1.2 de la Ley General Sanitaria atribuía la titularidad del Derecho a la salud (no necesariamente su gratuidad) a los extranjeros que tuvieran establecida su residencia en territorio nacional y remitía al art. 12 de la Ley 4/2000 que concretaba «que los extranjeros inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles». El empadronamiento no se exigía en tres circunstancias especiales: enfermedad grave o accidente, cuando se tratara de menores de 18 años o mujeres embarazadas. Cabe recordar que

el empadronamiento corresponde a los Ayuntamientos y debe reflejar la realidad de las personas que habitan en el municipio y no la legalidad de su presencia en España. En definitiva un sistema que garantizaba el acceso universal y gratuito al sistema sanitario de toda persona residente en España (salvo excepciones tasadas, no aplicables aquí). Sin embargo, el Real Decreto-Ley 16/2012 modificó el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000 para disponer en él que «los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos por la Legislación vigente en materia sanitaria», manteniendo los supuestos de cobertura universal, a saber, enfermedad grave o accidente, menores de 18 años o embarazadas, pero eliminando el derecho a la tarjeta sanitaria por el mero hecho de inscribirse en el padrón municipal. Esta modificación legislativa ha supuesto, de facto, que los inmigrantes no regularizados dejen de ser beneficiarios de la sanidad normalizada el 1 de septiembre de 2012. Pues bien, los arts. 1 y 2 del Decreto Vasco 114/2012 reintrodujeron a estas personas dentro del sistema de asistencia médica gratuita. Lo interesante del Auto es que no resuelve sobre la base del conflicto positivo de competencias planteado, sino atendiendo al contenido concreto del derecho a la salud y a los riesgos para la salud pública al ser el colectivo de inmigrantes irregulares el que resulta más afectado por patologías infecciosas como el VIH y la tuberculosis. Pero, paradójicamente, el Auto no incluye ni una sola referencia al Derecho internacional, como tampoco se encuentran en el Decreto cuya suspensión se levanta parcialmente. Poco hubiese costado al Tribunal vincular la fundamentación del Auto con el corpus jurídico internacional de ámbito universal relativo a los derechos humanos. No en vano el derecho a la salud está recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) y la Observación General núm. 14 de 2000 del Comité encargado de su seguimiento; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 12.3); en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24.1, 25, 32 y 39); en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial [art. 5.e)]; en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [arts. 11.1.f) y 12]; en la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad (arts. 22.2 y 25); o en los Informes del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (entre otros, A/HRC/11/12, de 31 de marzo de 2009, y A/64/272, de 10 de agosto de 2009). En el ámbito regional europeo también lo reconoce la Carta Social Europea (apdo. 11 y art. 11), el Convenio de Oviedo de 1997 (art. 3) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 35). Sin olvidar la Declaración del Milenio o, en relación con la atención a personas en situación de marginación, la Recomendación del Comité de Ministros, 2001-12E del Consejo de Europa. Tampoco podemos olvidar que, simultáneamente a la adopción del Auto referido, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba una Resolución (GA/11326, de 12 de diciembre) que instaba a los miembros a alcanzar un texto de consenso que permita planificar y perseguir la transición de los sistemas sanitarios nacionales hacia una cobertura sanitaria universal. A buen seguro que este asunto volverá a ser objeto de análisis en esta sección de la *REDI*.

La doctrina del TEDH ha tenido también un peso relevante en diversas resoluciones de la Audiencia Nacional. Destaca la sentencia dictada por la Sala de lo Penal el 10 de octubre de 2012 (ROJ: SAN 4619/2012, Sala de lo Penal, de 10 de octubre), en la que se aborda la legalidad de la intervención en las comunicaciones para obtener pruebas acerca de la comisión de crímenes. La Sala de lo Penal se plantea si procede admitir como prueba las conversaciones de los acusados obtenidas mediante la ocul-

tación de micrófonos en dependencia policiales durante su detención. El Magistrado ponente se refiere a diversos pronunciamientos del TEDH relativos al alcance del derecho a la vida privada consagrado en el art. 8 del CEDH y, especialmente, a la STEDH caso *P. G. y J. H. c. Reino Unido*, de 2001—, para sostener que encerrar a los detenidos en una misma celda para provocar conversaciones entre ellos supone privarles de su derecho a no autoincriminarse, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Por su interés, hemos convenido dedicar a esta sentencia el cuarto comentario en el siguiente apartado de esta crónica.

El 26 de junio, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictaba acordaba que se procediera al borrado y cancelación de los antecedentes penales del recurrente de todos los registros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado al haber obtenido sentencias absolutorias o resoluciones de archivo y sobreseimiento (ROJ: SAN 2934/2012, Sala de lo Contencioso, de 26 de junio). En su razonamiento, la Audiencia Nacional se remite a su Sentencia de 28 de marzo del 2011 en la que enfatiza, apoyándose en la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH caso *X e Y c. Holanda*, de 1985; caso *Leander*, de 1987; caso *Gaskin*, 1989, entre otros), que los responsables de los ficheros pueden limitar el derecho a la cancelación de los datos en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando, siempre y cuando dichas limitaciones resulten imperiosas para la sociedad y estén previstas legalmente.

La Audiencia Nacional también se ha pronunciado sobre el internamiento en establecimientos penitenciarios de enfermos muy graves, con padecimientos incurables, cuando existe peligro patente para la vida en un Auto del pasado mes de septiembre (ROJ: AAN 178/2012, Sala de lo Penal, de 19 de septiembre). En él la Audiencia desestima la apelación del Fiscal solicitando la nulidad de un Auto anterior que ponía en libertad condicional a un condenado por padecer una enfermedad grave e incurable. En su razonamiento la Audiencia Nacional atiende al art. 3 de la CEDH, que proscribía las penas y tratos inhumanos, y se apoya en la jurisprudencia del TEDH según la cual «la salud del condenado debe tenerse en cuenta al decidir las modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, ya que el internamiento puede resultar incompatible con una grave enfermedad siempre que se someta a la persona a un peligro y sufrimiento que exceda en intensidad al nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión» (STEDH caso *Mouisel contra Francia*, de 2002).

En dos sentencias recaídas el 8 de octubre (ROJ: SAN 5011/2012, Sala de lo Contencioso, de 8 de octubre) y el 4 de diciembre de 2012 (ROJ: SAN 4000/2012, Sala de lo Contencioso, de 4 de diciembre), a propósito de reclamaciones de indemnización basadas en el art. 294 CP, la Audiencia Nacional se pronunció acerca del derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal se apoya una vez más en la doctrina del TEDH (SSTEDH caso *Puig Panella c. España*, de 2006, y caso *Tendam c. España*, de 2010), que en esta materia afirma que no existe ninguna diferencia cualitativa entre una sentencia absolutoria por falta de pruebas y una sentencia absolutoria resultante de una constatación de la inocencia de una persona, ya que la desestimación de la pretensión indemnizatoria sin más argumento que la falta de pruebas de la no participación del demandado en los hechos delictivos deja planear una duda sobre la inocencia del demandando. El razonamiento expuesto resulta congruente con la línea adoptada por la Audiencia Nacional en anteriores pronunciamientos (ROJ: SAN 2850/2012 Sala de lo Contencioso, de 18 de junio; ROJ: SAN 2847/2012 Sala de lo Contencioso, de 18 de junio), que ya fueron reseñados en el anterior número de la REDI (PEYRÓ LLOPIS, A., *REDI*, 2012, núm. 2, pp. 210 y ss.).

Nuevamente, la Audiencia Nacional se remite al art. 14.7 del PIDCP con ocasión de una sentencia (ROJ: SAN 3499/2012, Sala de lo Penal, de 25 de julio) relativa al derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos. El principio *ne bis in idem*, que como recordamos no está enunciado expresamente en la Constitución Española, ha sido incluido implícitamente por la doctrina constitucional dentro de las garantías del art. 25.1, al proscribir la doble sanción por similares hechos. En este asunto, la Sala de lo Penal se refiere al art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 —cuyo texto reproduce el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea—. También, presta atención al art. 4 del Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos que enuncia el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo asunto, y al art. 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 1985, en vigor para España desde el 1 de marzo de 1994. En vista de estas disposiciones, la Audiencia Nacional afirma que «la cosa juzgada [...] tiene una eficacia preclusiva o negativa en otro proceso y requiere un proceso anterior terminado mediante sentencia o resolución firme y definitiva, la identidad de la persona acusada y la identidad del hecho, entendido como el objeto del enjuiciamiento, es decir los hechos en su significación jurídica».

El Derecho internacional público también ha tenido un papel distinguido en varios pronunciamientos del TS que abordan la *especial protección que merecen los derechos de las personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad*. Su Sala de lo Civil dictaba un Auto en julio (ROJ: ATS 7172/2012, Sala de lo Civil, de 3 de julio) anulando otro previamente dictado por un juzgado de Alicante que declaraba su falta de competencia territorial para llevar a cabo el procedimiento de valoración de la capacidad de una persona con residencia en el Centro Penitenciario Madrid-VI (Aranjuez) pero trasladado temporalmente al Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante. El Tribunal resuelve señalando que si bien es el lugar de residencia lo que determina la competencia territorial (art. 756 LEC), este criterio no puede ignorar que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ratificado por España el 23 de noviembre de 2007) prevé (art. 13 CDPD) la posibilidad de realizar ajustes de procedimiento para facilitar la participación de estas personas en los procedimientos judiciales, incluida su declaración en la valoración de su capacidad —en el caso mencionado, la persona había sido emplazada sin éxito por el Juzgado de Aranjuez— y que su situación de discapacidad no puede nunca suponer un obstáculo en el disfrute de sus derechos como el de ser examinado por parte de juez.

El Tribunal Supremo dictaba en junio otra sentencia relativa a la protección de los derechos del niño (ROJ: STS 5807/2012, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 2012) que si bien no aporta ninguna novedad desde la perspectiva Derecho internacional, en la medida en que aplica doctrina anterior al caso enjuiciado, merece al menos ser mencionada en esta presentación. Se trata de un caso clásico de conflicto entre el derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad de información en el que el Tribunal Supremo hace prevalecer el primero, atendidas las circunstancias del caso e insistiendo en particular en el hecho de que la información publicada concernía a una menor de edad. La primacía del interés del menor hace que éste se superponga al derecho a la información «sin que el examen de los requisitos que permitirían un ejercicio legítimo del derecho a la información (interés informativo, veracidad y proporcionalidad) sea razón suficiente para franquear el límite que el interés del menor impone en este tipo de casos» (FJ 4).

Es en el *ámbito penal* en el que se observa una aplicación más intensa de instrumentos de Derecho internacional público por parte de los juzgados y tribunales españoles durante el periodo estudiado. Mencionaremos en primer lugar las sentencias

del Tribunal Constitucional relativas a la denominada «doctrina Parot», sobre la que se ha pronunciado en ocho ocasiones (SSTC, Sala Primera, 152/2012 Sala Primera, de 16 julio; 157/2012, de 17 septiembre; 165/2012, de 1 octubre 2012; 167/2012, de 1 octubre; 174/2012, de 15 de octubre; 186/2012, de 29 octubre; 179/2012, de 15 de octubre; véase también ROJ: STS 5572/2012 Sala de lo Penal, de 27 de julio). La cuestión de fondo planteada en todas estas sentencias era la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial en relación con el cómputo de la redención de penas por el trabajo (en la interpretación de los arts. 70.2 y 100 CP 1973): frente al criterio anteriormente aplicado por el Tribunal Supremo, conforme al cual los días redimidos por trabajo se descontaban del límite máximo de cumplimiento una vez operada la refundición o acumulación de condenas, la STS 197/2006, de 28 de febrero, estableció que el beneficio de la redención de penas por el trabajo consagrado en el art. 100 CP 1973 ha de aplicarse no a ese máximo de cumplimiento, sino a cada una de las penas impuestas en las diversas condenas, lo que conllevaba una sustancial demora en la fecha de licenciamiento definitivo de la pena respecto del sistema de cómputo anterior. La queja sobre la aplicación de esta doctrina fue la línea argumental de todos los recursos de amparo planteados. En sus sentencias estimatorias, el TC aprecia la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, considerando que se da esta situación cuando existen resoluciones judiciales en las que el órgano judicial haya tomado postura sobre el tema en cuestión (bien porque exista una decisión firme sobre la fecha de salida de prisión en un Auto de licenciamiento definitivo o porque, al tener que decidir si debía revisarse la pena impuesta con arreglo al Código Penal de 1995 por resultar más beneficioso para el reo, el órgano judicial hubiera tomado postura sobre el sistema de cómputo a aplicar). Dentro del grupo de sentencias estimatorias, la STC 62/2012, de 29 de marzo, es quizá la más clara en cuanto a la aplicación de la doctrina constitucional sobre la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. En este caso, la Audiencia Nacional había fijado, mediante providencia de 19 de noviembre de 2008, el licenciamiento definitivo del demandante para el 15 de diciembre de 2008; posteriormente, sin mediar recurso alguno, modificó tal decisión mediante Auto de 11 de diciembre de 2008, señalando que, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la Sentencia 197/2006, de 28 de febrero, la fecha de licenciamiento del recurrente debería ser el 16 de noviembre de 2017. En aplicación de la doctrina constitucional sobre intangibilidad, se apreció la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haberse modificado una resolución judicial firme sin mediar recurso legal alguno. Frente a esta jurisprudencia, nos encontramos que por Sentencia de 10 de julio de 2012, en el caso del *Río Prada c. España*, el TEDH ha condenado a España por la aplicación de la «doctrina Parot» a la demandante, ciudadana española condenada por delito de colaboración con banda armada. El TEDH considera que el art. 7 del CEDH prohíbe que el Derecho penal sea interpretado en detrimento del reo y, por ello, estima que esta nueva doctrina del TS —al aumentar retroactivamente la pena y eliminar los beneficios de la redención de penas por trabajo— vulnera el precepto mencionado. La sentencia del *Río Prada* ha sido recurrida por el Gobierno español a la Gran Sala del TEDH el 22 de octubre de 2012. La divergencia entre la doctrina del TC y la Sentencia del TEDH en el caso *Río Prada* puede plantear —en un futuro próximo— problemas relativos a la ejecución de las sentencias del TEDH, en la medida en que el Tribunal de Estrasburgo vuelva a condenar a España por la aplicación de la «doctrina Parot». Tratándose de casos en los que está en juego el derecho a la libertad (art. 17 CE), no resultará de aplicación la satisfacción equitativa del art. 41 del CEDH, lo que pone sobre la mesa la posibilidad de resucitar la teoría de la lesión actual contenida en la

STC 245/1991, conocida como caso *Bultó*. Probablemente la Gran Sala del TEDH se pronuncie en el primer semestre de 2013, por lo que esta sentencia seguirá atrayendo nuestra atención en los próximos número de esta *Revista*.

El apdo. 3.5 de esta crónica recoge un comentario sobre la Sentencia 131/2012 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 18 de junio, relativa a un delito de torturas. Lo relevante de la sentencia estriba en que el Tribunal Constitucional mantiene la pertinente doctrina del TEDH (SSTEDH caso *Martínez Sala y otros c. España*, de 2004, y caso *Argimiro Isasa c. España*, de 2010) referente a las exigencias en relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes. La efectividad y suficiencia de la tutela judicial coincide en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial y no sólo dependen de la motivación y fundamento jurídico que las sostienen. La tutela judicial será suficiente y efectiva únicamente a expensas de una investigación oficial eficaz que agote «cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos». El Tribunal concluye acertadamente que la existencia de una sospecha razonable es suficiente para proceder a investigar hasta alejar toda sospecha razonable de tortura o trato inhumano. Dado que dicha investigación no fue practicada, al menos de forma «absoluta» y en toda la envergadura exigida desde la doctrina y práctica internacional, admite el amparo del recurrente.

Esta crónica incluye también, en su apdo. 3.6, un análisis sobre tres sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la extradición de tres ciudadanos con nacionalidad hispano-egipcia reclamados por las autoridades egipcias (SSTC 205/2012 y 206/2012, de 12 de noviembre, y STC 232/2012, de 10 de diciembre). El Tribunal Constitucional ha mantenido —desde STC 87/2000— que no cabe deducir de la Constitución una prohibición absoluta de extraditar nacionales; sin embargo y pese a ello, entiende que la entrega de un nacional puede tener relevancia constitucional desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la libertad, a la libertad de residencia y de entrada y salida del territorio del Estado dado que «la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos en el derecho del recurrente a permanecer en España y, como eventual consecuencia, el cumplimiento de una pena privativa de libertad» (FJ 5). En los tres casos abordados y en ausencia de tratado bilateral concluido con Egipto, se resolvía en amparo si las sentencias previas recaídas en la Audiencia Nacional rechazando el vínculo de nacionalidad española —al entenderse que los recurrentes habían mantenido la nacionalidad española con el objetivo de evitar su entrega a las autoridades egipcias— constituían, como afirmaban los recurrentes, una vulneración de sus derechos fundamentales (en concreto, arts. 24.1, 25, 13.3, 4.1 y 2 CE) y corrían un riesgo cierto de sufrir torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes por inaplicación del art. 4.6 de la Ley de extradición pasiva, que prescribe la denegación de la entrega «cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes». Finalmente, el Tribunal Constitucional estimó que la Audiencia Nacional incurrió en irrazonabilidad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva al aplicar una excepción a la prohibición de entrega de nacionales que excede el tenor del art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva, pues en ausencia de tratado, «difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria» una resolución que, a pesar del tenor taxativo del art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva, acceda a la extradición de un nacional.

Otro aspecto especialmente destacable es la relevancia que han adquirido los tratados concluidos en el marco de la lucha contra el terrorismo en la argumentación de

nuestros tribunales a la hora de interpretar el alcance de los nuevos tipos penales en la materia. En una Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo relativa a la financiación del terrorismo del pasado mes de julio (ROJ: STS 5970/2012, Sala de lo Penal, 26 de julio) por el pago del llamado «impuesto revolucionario», el tribunal recuerda que la ratio del art. 576 bis del Código Penal (introducido *ex novo* por la Ley Orgánica 5/2010) es cumplir con los compromisos internacionales de combatir con intensidad el terrorismo, cegando sus fuentes económicas. El magistrado ponente conecta la tipificación del delito con la necesidad de atender a las obligaciones internacionales asumidas por España en referencia a la existencia de un *soft law* emergente que ha alentado a los Estados a castigar penalmente la financiación del terrorismo; a la existencia de instrumentos de Derecho internacional convencional, en particular, al Convenio para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 (ratificado por España el 3 de mayo de 2000), y a actos de Organizaciones Internacionales como la Decisión Marco de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 o la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas [S/RES/1373 (2001), 28 de septiembre].

Por su parte, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en una resolución relativa al blanqueo de capitales relacionados con el narcotráfico, justificaba el pasado mes de octubre la decisión legislativa de ampliar la persecución penal de este delito a conductas antes consideradas atípicas por la existencia de un amplio corpus normativo internacional. La Sentencia (ROJ: STS 7642/2012 Sala de lo Penal, de 30 de octubre), en una detallada exégesis (FJ 17), describe la evolución de los instrumentos internacionales relativos a la persecución de estas actividades y su influencia en la regulación interna española, citando, entre otros, la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 (ratificada por España el 2 de febrero de 2002), las Recomendaciones del Grupo de acción financiera internacional de la ONU, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 (ratificada por España el 9 de junio de 2005), el Convenio del Consejo de Europa de 2005 relativo al decomiso de los efectos del delito (ratificada por España el 28 de diciembre de 2009), así como diversos actos normativos de la Unión Europea.

La *jurisdicción universal* sigue ocupando un espacio relevante en los pronunciamientos de jueces y tribunales españoles por la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ. El 25 de octubre, el Tribunal Supremo rechazó la competencia de la jurisdicción española para conocer de crímenes cometidos en Tíbet (ROJ: ATS 10803/2012, Sala de lo penal, de 25 de octubre). El Auto no aporta ningún elemento novedoso pero confirma lo dispuesto en instancias previas, a saber, que no existía, entre los hechos denunciados y la jurisdicción española, el vínculo de conexión relevante con España exigido tras su reforma de 2009 (Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre). Este pronunciamiento, poco acertado por la interpretación que hace de las disposiciones normativas de Derecho internacional público aplicables, es objeto de un comentario crítico en el apartado 3.7 de esta crónica.

En sentido contrario, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 confirmó la competencia de los tribunales españoles para actuar en el marco de la justicia universal (ROJ: AAN 299/2012, núm. 5, de 29 de octubre) en relación con el asesinato en Chile por la DINA del español D. Carmelo Soria Espinoza (destinado como personal diplomático para las Naciones Unidas en la CEPAL). El Tribunal la sustenta sobre la evidente existencia de un vínculo de conexión relevante con España, así como por el sobreseimiento del procedimiento ante la justicia chilena, apoyándose en el precedente Auto de 29 de marzo de 2012 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que fue objeto de comentario en el número anterior de la *Revista* (PEYRÓ LLOPIS, A.,

REDI, 2012, núm. 2, pp. 191-194). Hemos dedicado a esta sentencia el octavo comentario de esta crónica (apdo. 3.8).

Entre julio y diciembre de 2012 se dictaron también diversas resoluciones judiciales relativas al *medio ambiente* en las que el Derecho internacional público tiene un peso relevante. Además de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2012 (ROJ: STS 7249/2012, Sala de lo Contencioso, de 24 de octubre) ya citada en este comentario con anterioridad, es también destacable la Sentencia de la Audiencia Nacional (ROJ: SAN 3916/2012, Sala de lo Contencioso, de 5 de octubre) que desestima un recurso contra una resolución de 2010 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino confirmando la decisión de la Secretaría de Estado de Cambio Climático de no someter a evaluación de impacto ambiental el proyecto de restauración de la Marisma Sur de Colindres (Cantabria). Se trata de una zona especialmente sensible, pues ha sido reconocida como humedal de importancia internacional («Marismas de Santoña») en la lista del Convenio Ramsar (ratificado por España el 18 de marzo de 1982). El Convenio no establece la obligación de realizar evaluaciones de impacto ambiental, aunque sí la obligación de los Estados partes de fomentar la conservación de los humedales incluidos en la lista. La evaluación de impacto ambiental implica, precisamente, un estudio que permite determinar si los proyectos cumplen con las exigencias ambientales, como es la conservación de los humedales. La Audiencia Nacional se remite a su Sentencia de 25 de mayo de 2012 para estimar el recurso, afirmando que se cumplen los requisitos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2008 para determinar la necesidad de someter el proyecto de regeneración y mejora del humedal a una evaluación de impacto ambiental.

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo también se ha pronunciado en relación a la conservación de las aves en una Sentencia de 7 de julio (ROJ: STS 4814/2012) en la que, sin embargo, no se refiere a Derecho internacional sino a Derecho de la Unión Europea. La sentencia desestima un recurso presentado contra un Acuerdo del Gobierno de Canarias de 2006 que aprobaba la «Propuesta de nuevas áreas para su designación como zonas de especial protección para las aves (ZEPA) en Canarias» en el marco de la Directiva 79/409/ CEE, del Consejo, relativa a la conservación de las aves silvestres (que luego fue sustituida por la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo). Esta Directiva obliga a todos los Estados miembros de la Unión Europea a clasificar como Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) los territorios más adecuados en número y superficie para la conservación de las especies de aves incluidas en el Anexo I de dicha Directiva (175 especies).

Como viene siendo habitual, otra gran parte de la actividad jurisdiccional de los tribunales españoles que contiene referencias al Derecho internacional la encontramos en el ámbito de los recursos interpuestos en el marco de las solicitudes de *asilo*. La Audiencia Nacional rechazaba el pasado mes de diciembre (ROJ: SAN 5147/2012, Sala de lo Contencioso, de 13 de diciembre) el recurso presentado por un solicitante de asilo de origen camerunés que alegaba su condición de homosexual como causa de la persecución que sufría por parte de su familia en su país de origen. La Sala no aprecia en el recurrente la concurrencia de las condiciones establecidas en la Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiario de esta protección pues aun cuando pudieran quedar acreditadas, el agente perseguidor es ajeno a las autoridades de Camerún bien por no ser los protagonistas de la persecución hacia su persona, bien por no poderse evidenciar pasividad o abstención frente a supuestas denuncias que no constan formuladas. Más significativa resulta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio (ROJ: SAN 3419/2012, Sala de lo Contencioso) que rechaza la solicitud

de asilo de un nacional congoleño. El Tribunal comprueba la veracidad de los motivos expuestos por el recurrente acudiendo, por indicación de la Oficina del ACNUR en la República Democrática del Congo, a diferentes informes elaborados por Human Rights Watch y Amnistía Internacional, así como a los informes contenidos en la página web de la MONUSCO. La creciente *auctoritas* que nuestros tribunales otorgan al ACNUR ya fue tratada anteriormente en esta *Revista* (ALQMIST, J., *REDI*, 2012, núm. 2, pp. 202-204). Dedicamos un comentario a esta sentencia en el apdo. 3.9 de esta crónica debido a la relevancia que otorga a los informes de las ONG.

El *asilo* es también uno de los ámbitos en los que, de manera recurrente, el Tribunal Supremo se refiere al Derecho internacional y al de la Unión Europea —sirvan a modo de ejemplo, dos Sentencias de 21 y 27 de septiembre (ROJ: 5908/2012, Sala de lo Contencioso, de 21 de septiembre; ROJ: STS 6313/2012, Sala de lo Contencioso, de 27 de septiembre)—. Destacable resulta una Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso del TS (ROJ: STS 6761/2012, de 18 de octubre) relativa a la denegación de concesión de asilo a un nacional sirio de etnia kurda. La sentencia estima que el recurrente no acredita la persecución política, base de su pretensión de asilo; sin embargo, considera que la situación en Siria ha empeorado considerablemente desde dicha petición en 2008. Al referirse en su argumentación a informes publicados por ACNUR este mismo año y a la figura del refugiado *sur place* recogida en el Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado elaborado por el Alto Comisionado, reconoce la posibilidad de valorar acontecimientos sobrevenidos al momento de la solicitud de asilo.

El Derecho internacional ha tenido también especial relevancia en sentencias recaídas en relación con la *concesión de nacionalidad y del Estatuto de apátrida*, que siguen prestando atención a los pronunciamientos del TIJ, del TEDH y del TJUE en la materia. La Sala Tercera de lo Contencioso de la Audiencia Nacional desestimaba el pasado mes de noviembre (ROJ: SAN 5031/2012, Sala de lo Contencioso, de 6 de noviembre) el recurso presentando por un solicitante de asilo cuya pretensión había resultado rechazada por no concurrir en él el requisito de buena conducta cívica previsto en el art. 22 del Código Civil. Basándose en la jurisprudencia interpretativa del TEDH y del Tribunal Constitucional (cita la STC 14/1987, de 11 de febrero), la Audiencia Nacional afirma que la simple existencia o inexistencia de antecedentes penales no es suficiente para estimar la concurrencia del requisito de buena conducta cívica, salvo que se refiera a infracciones que «per se» revelen la existencia de mala conducta. A este respecto, la Sala de lo Contencioso afirma que debe considerarse conforme al Derecho internacional de los derechos humanos lo estipulado en el art. 22 del Código Civil, que exige que el solicitante tenga que justificar positivamente su conducta durante el tiempo de residencia en España, cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles. Las sentencias son reflejo de un proceso de progresiva consolidación de la jurisprudencia en este ámbito.

El noveno comentario de la crónica aborda una sentencia dictada el 10 de diciembre de 2012 por la Audiencia Nacional (ROJ: SAN 5117/2012, Sala de lo Contencioso). La resolución, que versa sobre la aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y las relaciones entre España, Argelia y Sáhara Occidental, se inserta en el corpus jurisprudencial internacional que han desarrollado la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en relación con las solicitudes para el reconocimiento de dicho Estatuto por parte de personas de origen saharauí.

Los órganos jurisdiccionales españoles también se han pronunciado en varias ocasiones durante el último semestre sobre las *inmunidades y privilegios* consagrados por

el Derecho internacional general o reconocidos en tratados de los que es parte España. Cabe mencionar los Autos dictados por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (ROJ: AAN 204/2012, de 8 de octubre; AAN 205/2012, de 8 de octubre; AAN 201/2012, de 8 de octubre) desestimatorios de recursos contra resoluciones denegatorias de privilegios (en concreto, la exención del pago de impuesto de carburante) a miembros españoles de la misión del Cuartel General del Mando componente Terrestre de la OTAN en Retamares (Madrid). Especial interés reviste, y es objeto del último comentario que se recoge en esta crónica, una Sentencia del Tribunal Supremo del mes de junio (ROJ: STS 6223/2012 Sala de lo Social, de 25 junio de 2012) que anula un pronunciamiento previo que decretaba el embargo de las cuentas de la embajada de Chile en Madrid para hacer frente a una indemnización por el despido improcedente de uno de sus empleados.

Podemos concluir que, si bien el Derecho internacional público ha tenido un peso importante en algunos pronunciamientos durante el periodo estudiado, la línea general es que continua siendo infrautilizado y su presencia parece producirse más por reiteración de resoluciones previas que por el hecho de realizar un análisis específico de la aplicabilidad de los instrumentos internacionales vigentes.

3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

3.1. Constitucionalidad del matrimonio homosexual: referencias a la jurisprudencia del TEDH y a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos

DERECHOS HUMANOS.—Jurisprudencia del TEDH.—Evolución interpretativa por referencia a instrumentos internacionales de derechos humanos.—No discriminación por razón de sexo.—Adopción.

Preceptos aplicados: art. 32 CE, CEDH y Ley 13/2005, de 1 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre. Ponente: Pablo Pérez Tremps.

Conviene clarificar por qué la sentencia que a continuación comentamos resulta relevante a los efectos de su análisis en esta sede, la *Revista Española de Derecho Internacional*. Dos son los elementos que configuran nuestro interés: 1) cuando nuestro Tribunal Constitucional ha de afrontar concepciones jurídicas hasta ahora no elaboradas en nuestro país, la jurisdicción constitucional —en cumplimiento del mandato del art. 10.2 CE— genera una sentencia repleta de referencias al ordenamiento internacional; y 2) de la mano del cumplimiento del deber impuesto por el art. 10.2 CE, el TC repasa las pinceladas del significado de dicho precepto en nuestro texto constitucional.

La STC 198/2012 resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. No obstante, el núcleo del recurso lo constituye el primer apartado del artículo único de la Ley, que añade un segundo párrafo al art. 44 CC, en virtud del cual «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo», siendo el motivo de inconstitucionalidad principal la vulneración del art. 32 CE, que establece en su apartado

primero que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», y en su apartado segundo que «la Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». A esta precisa cuestión limitaremos el objeto de este comentario y lo haremos desde la doble perspectiva expuesta en el párrafo anterior.

Por lo que se refiere al art. 10.2 CE, entra en juego en un primer momento porque es una alegación de los propios recurrentes. En este caso, la invocación del art. 10.2 CE se basa en la consideración de que su observancia exigiría interpretar el art. 32 CE, conforme a la exégesis que ellos mismos hacen de los arts. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), así como de diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el sentido de que el derecho al matrimonio es un derecho del hombre y de la mujer a contraerlo entre sí. No obstante esta alegación, desde un momento muy inicial el TC aclara que la invocación que hacen los recurrentes del art. 10.2 CE no puede considerarse una invocación autónoma, de tal modo que el precepto sólo resultará vulnerado en caso de concluir en la vulneración del derecho sustantivo denunciado —en este caso, art. 32 CE—, sin que su análisis aporte nada que no forme parte de la interpretación constitucional de este último precepto. En definitiva, el TC afirma que el art. 10.2 CE recoge un criterio interpretativo que pone de manifiesto la decisión del constituyente de reconocer nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite, «así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). El Tribunal remacha: «por tanto, en la medida en que el art. 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del título I de la Constitución española, su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en ese título I, agravada por el hecho de que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución». Podría, a la postre, afirmarse que del deber de interpretación conforme que impone el art. 10.2 CE no se deriva un derecho subjetivo a una determinada interpretación que sea susceptible de generar una lesión constitucional.

Entrando en el análisis de fondo, la sentencia exige afrontar el análisis sobre el ajuste constitucional de la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, desde una doble perspectiva: 1) dar respuesta a la duda de si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio; y 2) dar respuesta a la cuestión de si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. Para ambas tareas recurre el TC al ordenamiento internacional.

Por lo que a la garantía institucional se refiere, el TC recuerda en primer término que se trata de una categoría adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, que persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la posibilidad de que sean suprimidas o desnaturalizadas por la acción legislativa. Para el TC, la garantía institucional del matrimonio debe analizarse a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad

actual, pues entiende que a esas exigencias debe dar respuesta la Constitución, o convertirse en letra muerta. Es lo que el TC llama una *lectura evolutiva* de la Constitución, que le lleva a desarrollar la noción de *cultura jurídica* y pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla. Pues bien, esa cultura jurídica la construye el TC especialmente desde el ordenamiento internacional: la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.

En el presente caso, el TC declara que la aproximación al Derecho internacional y a los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos internacionales apunta hacia una apertura relativa de la noción más tradicional de matrimonio. Así, afirma que el Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el caso *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, y ha declarado que la institución del matrimonio se ha visto profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la aprobación del Convenio de Roma, a pesar de lo cual no existe consenso total en Europa sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo porque en cada Estado la institución matrimonial ha evolucionado de forma diferente. Estas reflexiones llevan al Tribunal de Estrasburgo a entender que el art. 12 CEDH no impone, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, reconociendo a continuación que «el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra», absteniéndose de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a «las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas» (§ 62). En la misma línea, el TC recuerda que el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Y el Tribunal Constitucional concluye afirmando que todo ello le lleva a admitir que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando y permite entender hoy la concepción del matrimonio del mundo occidental como una concepción plural. Así las cosas, el TC falla negando reproche al legislador nacional, interpretado el art. 32 CE de acuerdo con una noción de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad internacional.

En relación con si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, el TC vuelve a retomar la jurisprudencia de Estrasburgo para llegar a la conclusión de que la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, pero que teniendo en cuenta la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales en la jurisprudencia del TEDH (STEDH caso *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981 y SSTEDH en los casos *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, § 28, y *L. y V. c. Austria* de 9 de enero de 2003, § 48), tal modificación no afecta al contenido del derecho ni menoscaba el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio.

En última instancia, el Tribunal Constitucional vuelve de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo respecto de un extraordinariamente delicado tema: el apartado séptimo del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que posibilita la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales. En este caso, el TC expone cómo la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, en el asunto *Frette c. Francia* de 26 de febrero de 2002, admitió que las autoridades nacionales disponen de un amplio margen cuando son llamadas a pronunciarse en este ámbito, pues son las que están, en principio, mejor situadas para evaluar las sensibilidades y contextos locales y llegó a la conclusión de que «la adopción es dar una familia a un niño, y no un niño a una familia» y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecer al niño, «las condiciones de acogida más favorables» (§ 42); por lo que no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual. A partir de ahí, el Tribunal Constitucional declara que el mandato de protección a la familia de nuestra Constitución (art. 39.1 CE) y de los hijos en particular (art. 39.2 CE), contenido como principio rector de la política social y económica, no queda incumplido por la opción que realiza en este caso el legislador.

La sentencia incorpora cuatro votos particulares, de los Magistrados Ramón Rodríguez Arribas, Manuel Aragón Reyes, Andrés Ollero Tassara y Juan José González Rivas.

Cristina IZQUIERDO SANS
Universidad Autónoma de Madrid

3.2. Conflictos entre normas comunitarias y normas internacionales respecto de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.—Tratados.—Costumbre.—TJUE.—Emisión de gases de efecto invernadero.

Preceptos aplicados: Convenio de Chicago, Protocolo de Kioto y Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 5.^a), de 24 de octubre de 2012 (ROJ: STS 7249/2012). Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052012100700.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en adelante TS), en esta interesante sentencia, se refiere ampliamente al sistema de fuentes del Derecho internacional. Si bien resulta de interés el constatar la relevancia que el TS le otorga al Derecho internacional en esta sentencia (por lo que tiene de inhabitual), no por ello se trata de una sentencia adoptada en aplicación de normas internacionales. En efecto, cabe destacar que el TS adopta su decisión basándose exclusivamente en una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). El TS evita así pronunciarse sobre cuestiones de Derecho internacional que, sin embargo, sí identifica previamente, en la medida en que considera que éstas ya se abordaron en la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011 (asunto C-366/10), a cuyo análisis pormenorizado se libra el TS.

Recordemos brevemente el fondo del asunto. El Tribunal Supremo, en esta sentencia, desestima un recurso contencioso administrativo interpuesto por Avianca, Ae-

rolíneas Argentinas y Aeroméxico contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, por el que se aprobó la asignación individual de derechos de emisión a los operadores aéreos atribuidos a España, en el marco del régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para los periodos de comercio 2012 y 2013-2020. Pues bien, el objeto de la impugnación por parte de las compañías recurrentes radica en la incompatibilidad de la Directiva 2008/101/CE con diversos instrumentos de Derecho internacional. En efecto, las recurrentes discuten la conformidad de dicha directiva con el Derecho internacional, y extienden después ese reproche tanto a la Ley española que la ha traspuesto como al acto administrativo que ha aplicado esa Ley de transposición. En resumen, dichas compañías aéreas consideran que existe un conflicto entre normas comunitarias e internacionales y defienden que debería resolverse a favor de la norma internacional. Más concretamente, alegan que existe un conflicto entre dicha directiva y varias disposiciones de tratados internacionales, en particular del Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, y del Protocolo de Kioto, de 11 de diciembre de 1997.

El TS, en su sentencia, va a realizar dos categorías de argumentos para desestimar el recurso.

En primer lugar, esgrime su falta de competencia para realizar un «test de legalidad» de la Directiva 2008/101 a la luz de las normas internacionales y en particular del Convenio de Chicago y del Protocolo de Kioto. Por tanto, ante la pretensión de las compañías recurrentes de que sea el TS español quien examine la legalidad de dicha directiva, éste declara que no es competente para pronunciarse sobre la invalidez de un acto de la Unión. Asimismo, el TS rechaza cualquier tipo de declaración, ya no de invalidez, sino de inaplicabilidad de la Directiva. El TS, sin entrar en detalle, constata que las recurrentes están intentando «por muchos circunloquios que se quieran dar [...] que un órgano judicial español como este Tribunal Supremo efectúe un juicio sobre la conformidad a Derecho de la Directiva comunitaria aquí concernida y como consecuencia del mismo acuerde su inaplicabilidad» (FJ 6). El TS reitera por tanto su falta de competencia, amparándose en la doctrina uniforme del TJUE al respecto.

En segundo lugar y curiosamente, por si el primer argumento no hubiera sido suficiente, el TS va a realizar un exhaustivo análisis de la citada Sentencia del TJUE para retomar uno a uno sus argumentos con el fin de rechazar la aplicabilidad de las normas internacionales al presente asunto. Por ejemplo, respecto del Convenio de Chicago, nuestro TS considera que constituye un «obstáculo insalvable [...] el hecho de que el TJUE ha declarado de forma clara que dicho Convenio no puede ser invocado ni utilizado como parámetro de enjuiciamiento de la validez de la Directiva» (FJ 6). Por tanto, evita hábilmente examinar si existe o no conflicto entre dichas normas, amparándose en la jurisprudencia previa del TJUE. En efecto, resuelve las distintas cuestiones suscitadas por las compañías recurrentes acudiendo a la citada sentencia del TJUE, al considerar que ésta «ha resuelto sobre la mayor parte de las cuestiones de fondo suscitadas por las compañías recurrentes con pretendido apoyo en el Convenio de Chicago, al contrastar la Directiva con los principios aceptados de Derecho internacional Consuetudinario y el llamado “Acuerdo de Cielos Abiertos”» (FJ 7).

Al respecto, precisa el TS que las reglas del Convenio de Chicago «tienen una funcionalidad similar a los principios de Derecho internacional Consuetudinario que ha manejado el TJUE» en su Sentencia de 21 de diciembre de 2011. Concluye por tanto que «al examinar la Sala el litigio desde la perspectiva de esos principios, ha dado respuesta a las alegaciones sostenidas por las recurrentes con sedicente base

en el Convenio de Chicago y el Protocolo de Kioto» (FJ 8). Este análisis es el que permite al TS adoptar y trasladar al caso concreto todas las conclusiones del TJUE y rechazar que haya existido vulneración del Convenio de Chicago al someterse a gravamen el mero hecho de la aviación, o que haya habido extralimitación territorial o infracción del principio de soberanía estatal por parte de la Unión Europea al proyectar sus disposiciones sobre la parte de los vuelos que se realiza sobre espacios extramuros de la Unión Europea. Asimismo, el TS hace suyo el rechazo del TJUE de que la Directiva introduzca un factor de discriminación entre las compañías aeronáuticas (FJ 8).

A pesar de resolver las cuestiones planteadas mediante una constante remisión a la jurisprudencia del TJUE, el TS realiza alguna rareza, como un recordatorio, que bien pudiera parecer una clase, de las fuentes del Derecho internacional. Reproducimos aquí, por lo que tiene de inhabitual en la jurisprudencia del TS, el párrafo en cuestión:

«el Derecho Convencional y el Derecho Consuetudinario no se encuentran en relación de jerarquía, pues ambas tienen entre sí el mismo rango normativo. Más aún, el Derecho Convencional y el Derecho Consuetudinario interactúan en el proceso de creación de las reglas internacionales. Así (dicho sea lo que viene a continuación a grandes rasgos), se habla de una interacción declarativa cuando la costumbre ya existente es recogida y declarada en un convenio internacional, produciendo el efecto de que desde la entrada en vigor del Tratado la prescripción rige simultáneamente y de forma paralela tanto en el plano consuetudinario como en el convencional. Asimismo, se utiliza por la doctrina la expresión “efecto cristalizador” para hacer referencia a los casos en que la norma consuetudinaria en vías de formación se consolida como tal precisamente en virtud de un acto relevante como es su recepción en un Tratado; y finalmente se habla de “efecto constitutivo” cuando las disposiciones de un Tratado se erigen como modelo o pauta de conducta para los sujetos de Derecho internacional en el plano consuetudinario hasta dar lugar a una norma de tal carácter» (FJ 7).

Queda por señalar una cuestión de interés para los internacionalistas relativa al efecto directo de los tratados internacionales, y en particular de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que invocan en este caso las recurrentes. Siempre amparándose en la Sentencia del TJUE, que consideró que el Protocolo de Kioto «no reviste un carácter incondicional y suficientemente preciso a efectos de generar para el justiciable el derecho a alegarlo ante los órganos jurisdiccionales para impugnar la validez de la Directiva 2008/101», el TS afirma en esta sentencia que «menos aún cabrá invocar con la misma finalidad la CMNUCC». Según el TS, en la medida en que el Protocolo de Kioto es «una adición a la CMNUCC, que no hace más que desarrollar y especificar sus previsiones dotándolas de mayor contenido prescriptivo» (FJ 9), si éste no puede ser alegado ante los órganos jurisdiccionales, *a fortiori*, no podrá serlo la CMNUCC. Para llegar a esa conclusión, el TS prefiere por tanto ampararse, una vez más, en la jurisprudencia del TJUE antes que realizar su propio análisis de la CMNUCC.

Por último, cabe destacar que el TS, adelantando posibles críticas, descarta la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial en relación con este asunto en la medida en que considera que ya existe jurisprudencia sobre la cuestión a dirimir en un caso análogo (la citada sentencia del TJUE) y que, además, «no se suscit[a] duda razonable que exija el planteamiento de la cuestión prejudicial» (FJ 10).

Ana PEYRÓ LLOPIS
Universidad Jaume I de Castellón
Universidad de Cergy-Pontoise

3.3. Derecho a la tutela judicial efectiva: dificultades derivadas de la aplicación del ordenamiento de la Unión por órganos judiciales internos

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—Derecho de la UE.

Preceptos aplicados: art. 24.1 CE y TFUE.

Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012 (Sala 1.ª), de 2 de julio de 2012.
Ponente: Manuel Aragón Reyes.

La entidad demandante de amparo (la sociedad Iberdrola, S. A.) fue destinataria de una sanción consistente en el pago de una multa de 60.101,21 euros, impuesta por la Dirección General de Política Energética y Minas como consecuencia de su incremento de participación en el capital social de una sociedad (Medgaz, S. A), sin la preceptiva autorización administrativa de la Comisión Nacional de la Energía.

En el procedimiento contencioso instado por el recurrente en el que solicita la nulidad de la sanción, alega la falta de fundamento jurídico de la misma argumentando que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2008, declara explícitamente la contradicción entre la norma de la que trae causa la sanción recurrida y los arts. 43 y 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (hoy arts. 49 y 63 del TFUE). La sentencia había sido dictada en un procedimiento de incumplimiento contra España, a instancia de la Comisión Europea. Ante la desestimación de sus recursos administrativos, la empresa recurrente alega en amparo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por selección irracional y arbitraria de las normas jurídicas aplicables, en la medida en que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no aplicó la sentencia del TJUE. Para el recurrente, tal inaplicación es razón suficiente para concluir que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha llevado a cabo una selección irracional y arbitraria de la norma aplicable. Además, la empresa recurrente se queja de vulneración del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en la medida en que la sanción habría devenido atípica, tras la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TC dicta una sentencia estimatoria y declara la vulneración de los arts. 24.1 y 25.1 CE, así como la nulidad de la resolución administrativa por la que se decreta la sanción y las resoluciones judiciales posteriores que la confirman.

Lo primero que llama la atención de esta sentencia es que, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal solicitan la denegación del amparo, pues entienden que concretar el alcance de los efectos jurídicos de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como fijar cuáles son las medidas internas necesarias para ejecutar una sentencia de dicho Tribunal declaratoria de incumplimiento de un Estado miembro, son cuestiones de interpretación de la legalidad ordinaria, sobre las que el Tribunal Constitucional no ha de pronunciarse. Asimismo, ambos entienden que, si bien el Tribunal Superior de Justicia de Madrid tal vez hubiera podido decidir de otro modo jurídicamente justificable, la *ratio decidendi* empleada en la sentencia impugnada en amparo no puede tildarse de irrazonable ni arbitraria.

Pese a ello, por primera vez en su historia, el TC español declara que las quejas planteadas por la demandante sí tienen un claro contenido constitucional y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo, argumentando tal afirmación en el siguiente sentido: lo que se solicita a este Tribunal es que determine, en primer

lugar, si las resoluciones judiciales impugnadas han de calificarse de irracionales y arbitrarias y, por tanto, contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en cuanto que de forma deliberada excluyen la eficacia *ex nunc* de una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento por incumplimiento, en la que se declara taxativamente que la norma de la que trae causa la sanción objeto de enjuiciamiento en el proceso contencioso-administrativo es contraria al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (hoy Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea); y, en segundo término, que determine si, en consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid también estaría vulnerando el art. 25.1 CE, al confirmar una sanción impuesta por la realización de una conducta que habría devenido atípica tras la declaración realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión en dicha sentencia. Para el TC, estas mismas razones otorgan trascendencia constitucional al recurso de amparo, declarando que se trata de un supuesto que plantea un problema nuevo, sobre el que no hay doctrina del TC.

En definitiva, ello supone que si bien para el TC el cumplimiento del Derecho de la Unión por los poderes públicos es un problema de legalidad ordinaria (STC 64/1991, de 22 de marzo) y la eventual infracción del ordenamiento comunitario por leyes estatales o autonómicas es un problema infraconstitucional (STC 28/1991, de 14 de febrero), ahora, con la STC 145/2012, la vigilancia de cumplimiento de una sentencia de TJUE que condena a España y expulsa de nuestro ordenamiento una norma jurídica que ha sido aplicada en el proceso que dio origen al amparo, sí puede plantear un problema constitucional.

Para el TC, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha llevado a cabo una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso, al otorgar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2008, efectos *ex nunc*, argumentando que se trata de una sentencia posterior a la resolución sancionadora recurrida. Para el TC, dicha afirmación incurre en tres infracciones: 1) desconoce el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea; 2) así como el carácter ejecutivo de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en un procedimiento por incumplimiento (que obligan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a garantizar que se llevan a efecto); y 3) desconoce los efectos *ex tunc* de las sentencias del TJ.

El TC español argumenta en esas tres direcciones y primero se detiene a recordar su jurisprudencia en la que afirma que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento (ATC 228/2005, de 1 de junio, FJ 5), pues es el principio normativo destinado a asegurar la efectividad del DC (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6). Después, el TC declara que asume la jurisprudencia del TJ (citando la misma) que pone de relieve que la naturaleza declarativa de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelven recursos por incumplimiento no afecta a su fuerza ejecutiva ni impide sus efectos *ex tunc*, alcanzando tales efectos a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que han de deducir las consecuencias de las sentencias del TJ, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esa sentencia, sino de las disposiciones mismas del ordenamiento comunitario.

Se trata de una sentencia importante en la jurisprudencia constitucional, pues es un paso más en la construcción de la doctrina que admite que la aplicación por los órganos judiciales del ordenamiento de la Unión, puede plantear problemas del art. 24.1 CE. La STC 58/2004 fue un primer paso —vulneración del art. 24.1 CE por no interpo-

sición de la cuestión prejudicial—. Ésta pone en guardia a los órganos judiciales sobre la influencia en sus pronunciamientos de las sentencias del TJ condenatorias en los procesos de incumplimiento contra España: resulta «irrazonable» desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva que un órgano judicial, para la solución de un litigio, aplique una norma que ha sido declarada contraria al ordenamiento de la Unión por el TJUE, aunque esa declaración sea posterior al inicio del proceso.

Cristina IZQUIERDO SANS
Universidad Autónoma de Madrid

3.4. La injerencia del Estado en las comunicaciones privadas para la obtención de medios de prueba en el marco de un proceso penal y debido respeto a la vida privada del art. 8 CEDH

DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA.—Escuchas.—Doctrina del TEDH.

Preceptos aplicados: art. 579 LECRIM y CEDH.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 10 de octubre de 2012 (ROJ: SAN 4619/2012). Ponente: Juan Ramón Sáez Valcárcel.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220012012100074.

El derecho al respeto de la vida privada enunciado en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) puede verse limitado en el ámbito de una investigación criminal cuando está en juego la obtención de los medios de prueba necesarios para garantizar la efectiva persecución de los delitos, al ser éste un interés legítimo del Estado. Sin embargo, los Estados europeos se han visto condenados por el TEDH en numerosos casos precisamente por violaciones de este derecho al llevar a cabo actividades de vigilancia de hogares, particularmente a través de escuchas telefónicas, así como por permitir escuchas policiales de las conversaciones entre abogados y sus clientes en custodia (KÄLIN, W. y KÜNZLI, J., *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 383) Tal como pone de relieve la abundante jurisprudencia del TEDH, el derecho a la vida privada impone determinados límites al tipo de medidas que la policía y otros órganos del Estado pueden adoptar en el proceso de recopilación de información y de datos que luego servirán de prueba en los procedimientos penales.

La existencia de determinados límites a la injerencia de los órganos del Estado en la esfera privada mediante escuchas ha generado una intensa polémica en España en el último año, como consecuencia de la inhabilitación profesional del entonces juez Baltazar Garzón que fue condenado el 9 de febrero de 2012 (STS 79/2012) por el delito de prevaricación al autorizar la grabación de las conversaciones entre los procesados en el caso *Gürtel* y sus abogados (aunque, *nota bene*, en este caso el planteamiento del TS se centró en el derecho de defensa y no en el derecho del respeto a la vida privada). Más recientemente, el 19 de julio de 2012, el TS casó una decisión judicial que autorizaba determinadas intervenciones telefónicas por no estar suficientemente motivada (TS 643/2010) [sentencia comentada por GARRIDO MUÑOZ, A. en la «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España (julio-diciembre de 2012)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, pp. 14-15].

En este contexto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2012, que vamos a comentar ahora, resulta especialmente interesante. La sentencia traía causa de la imputación de once personas por varios delitos, entre ellos, los delitos de homicidio y de secuestro. Las defensas solicitaron la nulidad de las escuchas telefónicas y de las que se practicaron en los calabozos policiales en los que estuvieron detenidos los acusados. Es de notar que dicha intervención se produjo sobre la base de una decisión judicial adoptada el 23 de diciembre de 2004 en la que se autorizó la colocación de aparatos de escucha en dos celdas de los calabozos de la comisaría «en las que ingresarían los detenidos, por parejas o por tríos, a conveniencia de lo que consideren los investigadores», con la finalidad de obtener de ellos información. La jueza de Instrucción entendió que podía deducirse del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) por cuanto, aun cuando el precepto nada dice sobre la observación de las comunicaciones privadas entre posibles responsables de un delito, regula las intervenciones telefónicas, postales y telegráficas. La Audiencia Nacional entiende, sin embargo, que la intervención en las comunicaciones de los acusados cuando se encontraban en los calabozos de la comisaría infringió el derecho fundamental a la libre declaración del imputado en el proceso penal (art. 24.2 de la CE).

Por otra parte, la Audiencia cita una sentencia del Tribunal Supremo (STS 513/2010) que consideró, en un caso similar, que «el artículo 579 LECrím, a pesar de su vaguedad e indeterminación, había sido completado por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia con pautas precisas y detalladas, entendiéndose que no ha de distinguirse entre las comunicaciones telefónicas y otras de carácter privado que se siguen en vivo, ya que la Constitución ha querido protegerlas al mismo nivel», añadiendo que, sin embargo, «la protección de los derechos fundamentales no puede entenderse como habilitación legal para la injerencia de los poderes públicos» y que «cualquier invasión o limitación requiere de una norma expresa que la autorice, porque los derechos vinculan a todos y sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de derechos y libertades, Ley que deberá en todo caso respetar su contenido esencial (art. 53.1 de la CE) (FJ 1.1.2).

Pero más allá de sostener que las escuchas en el presente caso infringieron los derechos procesales protegidos por el art. 24.2 CE y que no tenían cobertura legal (art. 53.1), la Audiencia Nacional sostiene que constituyen una violación del art. 8 del CEDH, afirmando a este respecto que «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos señala que dicha Ley —que puede integrarse con la jurisprudencia de los tribunales nacionales— ha de tener una calidad y precisión especial, lo que demanda la previsión de cautelas y de garantías suficientes para determinar el alcance y las modalidades de ejercicio de la potestad discrecional de las autoridades; para tal fin, habrá de pautar la categoría de personas susceptibles de vigilancia, la naturaleza de los delitos, el plazo de la intervención, los métodos de transcripción de las conversaciones [...]» (FJ 1.1.2). Entre las sentencias del TEDH citadas por la Audiencia se encuentran las dictadas en el asunto *Khan c. Reino Unido*, de 12 de mayo de 2000, y en el asunto *Vetter c. Francia*, de 31 de mayo de 2005. En ambos casos, el TEDH consideró que la instalación de micrófonos para grabar conversaciones en el domicilio del sospechoso y en el que habitaba una persona relacionada con el encausado constituía una violación del art. 8. En otra sentencia también mencionada por la Audiencia Nacional, el TEDH condenó a Francia por haber violado el art. 8 cuando instaló micrófonos en el locutorio de una prisión (asunto *Wise c. Francia*, de 20 de diciembre de 2005). Asimismo, destaca la sentencia en el asunto *P. G. y J. H. c. Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001, en la que el TEDH determinó que el Reino Unido había contravenido el art. 8 como consecuencia de la instalación de micrófonos en la celda

de una comisaría, aunque en este caso solo se pretendía obtener muestras de voz del detenido para compararlas con otros registros acústicos. Por último, presta atención a la sentencia del TEDH en el asunto *Uzun c. Alemania*, de 2 de septiembre de 2010, sobre la colocación de micrófonos en un vehículo privado, en la que articula una distinción entre la vigilancia visual y acústica, estimando que la primera constituye una invasión intensa de la privacidad.

Al argumentar sobre la ilegalidad de las escuchas en los calabozos, la Audiencia Nacional destaca y considera como especialmente preocupante el hecho de que los sospechosos fueron situados en los calabozos en distintos momentos para ver qué hablaban entre sí, para que se interpelaran o hicieran confidencias, en un espacio que creían seguro. Subraya además que su detención tuvo precisamente como finalidad obtener información mediante el referido método. De este modo, de acuerdo con el tribunal, se trata de lo que por el TS ha sido definido como subterfugio (STS 513/2010), es decir, un ardid o estratagema para vulnerar el derecho a la libre confesión del imputado. En vista de ello, la Audiencia Nacional sostiene que la colocación de micrófonos en los calabozos también infringió el derecho de no autoincriminarse, a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable (FJ 1.1.2). Por consiguiente, el tribunal excluye en este caso del marco de la prueba las escuchas de las conversaciones entre los detenidos en los calabozos, mostrando así su voluntad de conformar su doctrina en materia de escuchas a la jurisprudencia del TEDH.

Jessica ALMQVIST
Universidad Autónoma de Madrid

3.5. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de investigación suficiente en un supuesto delito de torturas

TORTURA.—Prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes.—Vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva.—Necesidad de un canon reforzado basado en la motivación, fundamentación jurídica e investigación de los hechos.—Investigación insuficiente.

Preceptos aplicados: CEDH y Convención contra la Tortura de 1984.

Sentencia del Tribunal Constitucional 131/2012 (Sala 2.^a), de 18 de julio. Ponente: Elisa Pérez Vera.

El 18 de julio de 2012 la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional (TC) presidida por el Magistrado Eugeni Gay dictó una sentencia, favorable al recurrente, en decisión del recurso de amparo núm. 485-2011, de la que fue ponente la Magistrada Elisa Pérez Vera.

El recurso de amparo había sido interpuesto contra determinadas resoluciones judiciales: el Auto de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 de mayo de 2011, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Bilbao por el que se acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas 3604-2010.

El recurrente, había sido detenido por el Cuerpo Nacional de Policía en Sestao a las 3:30 horas del día 22 de octubre de 2010. Luego fue trasladado a la Comisaría de

Indautxu y posteriormente a la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía de Canillas (Madrid) donde permaneció en régimen de incomunicación, hasta que el día 25 de octubre de 2010 fue puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, acordando el Juzgado su ingreso en prisión.

El 6 de noviembre de 2010 el recurrente interpuso ante el Juzgado de Guardia de Bilbao una denuncia por delito de torturas del art. 173 y siguientes del Código Penal. Así como por vulneración de los arts. 15 (inderogabilidad absoluta de la prohibición de la tortura) y 3 (prohibición de la tortura) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Los hechos de tortura denunciados son (según sintetiza la propia sentencia del TC) haberle apretado las esposas excesivamente desde el principio, levantándole la piel de las muñecas; haberle desencajado el hombro derecho por la postura en que estuvo esposado durante horas; haber recibido golpes en el brazo desencajado; haber recibido golpes en la cabeza, así como insultos y amenazas y haber sufrido interrogatorios constantes, con la finalidad de que prestara declaración y colaborase. Todo lo cual le habría provocado un gran dolor en el hombro y repetidos ataques de ansiedad.

En el escrito de denuncia se había solicitado la práctica de los siguientes «medios de investigación»: declaración del denunciante ante el Juez instructor; aportación a la causa de los informes practicados por el médico forense durante la detención, informe médico de ingreso en prisión y toma de declaración a los médicos forenses; identificación de los policías que tomaron parte en la detención y custodia; aportación a la causa de las declaraciones efectuadas ante la policía y ante el Juez instructor; toma de declaración al Abogado de Oficio; aportación a la causa de las grabaciones de videocámara efectuadas durante todo el periodo de la detención; reconocimiento físico y psicológico por un médico forense para esclarecer las posibles secuelas físicas y psíquicas; y una exploración psicológica hecha por un psicólogo de confianza del prisionero.

Iniciado el procedimiento relativo a la denuncia, el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Bilbao incoó diligencias previas y requirió el testimonio de los informes médico-forenses obrantes en el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 y el informe médico emitido en el momento del ingreso en prisión.

Recibidos los informes y sin practicar ninguna otra diligencia el Juzgado de Instrucción dictó el 19 de febrero de 2011 un Auto de sobreseimiento y archivo provisional de las actuaciones puesto que no consideraba que se hubiera acreditado la perpetración de una infracción penal. Contra esa resolución se interpuso recurso de reforma que fue denegado por Auto de 17 de marzo de 2011, cuyo fundamento jurídico único argumentaba que «la prueba más objetiva existente son los informes médico-forenses que son claros y contundentes en la evidencia de la ausencia de torturas al denunciante».

Contra dicho Auto se interpuso recurso de apelación desestimado por la Audiencia Provincial de Bizkaia de 30 de mayo de 2011 en el que se establecía, como fundamento de la denegación, por un lado que el denunciante se había contradicho, afirmando ante los forenses que el trato recibido había sido correcto pero presentando luego la denuncia judicial; y, por otro lado, que los partes médicos eran claros en cuanto a la inexistencia de maltrato alguno.

El amparo solicitado está fundamentado en la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución Española, en ade-

lante CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la prueba (art. 24.2 CE). En el procedimiento ante el TC intervino el Ministerio Fiscal quien, en sus alegaciones presentadas el 25 de abril de 2012, interesó el otorgamiento del amparo solicitado por vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE); solicitó el Fiscal que se declarara la nulidad de las resoluciones recurridas y se acordara la retroacción de las actuaciones.

El fallo acogió el recurso de amparo, en los términos coincidentes del recurso y de la intervención de la Fiscalía, y reconoció que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, del recurrente (art. 24.1 CE) en relación con su derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). Asimismo determinó que el recurrente debía ser restablecido en la integridad de sus derechos y por ello se declaraba la nulidad de los dos Autos recurridos, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al dictado del primero de los Autos (el de 19 de febrero de 2011) para que el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Bilbao procediera en términos respetuosos con el derecho fundamental vulnerado.

Esta sentencia se inscribe en una línea bien consolidada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por ejemplo, SSTC 69/2008 de 23 de junio, FJ 2 y 63/2010 de 18 de octubre, FJ 2), fundada en la pertinente del TEDH (entre otras, cita el propio Tribunal las SSTEDH de noviembre de 2004, caso *Martínez Sala y otros c. España*, párr. 156; de 28 de septiembre de 2010, caso *Argimiro Isasa c. España*, párr. 41; y de 8 de marzo de 2011, caso *Beritain Ukar c. España*, párr. 28), jurisprudencia referente a cuáles son las exigencias de la CE derivadas de los arts. 15.1 y 24.1 CE en relación con decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes: según esa línea jurisprudencial la queja del recurrente en amparo exige que el enjuiciamiento se realice considerando conjuntamente la relevancia y aplicación de ambas disposiciones constitucionales. La efectividad y suficiencia de la tutela judicial coincide en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial y no sólo depende de que las decisiones de sobreseimiento libre y de archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental a no sufrir torturas, ni tratos inhumanos o degradantes.

De acuerdo con doctrina y práctica, universalmente admitidas, en particular doctrina y práctica del Derecho internacional, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes es absoluta y tiene como objeto o finalidad central de su protección la dignidad de la persona. En esa línea, la sentencia ahora examinada reafirma que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia torturas o tratos inhumanos exige que se aplique un «canon reforzado» de motivación que adecúe la de la resolución judicial a tal carácter absoluto. Se trata pues de una tutela judicial doblemente reforzada porque precisamente la protección del derecho absoluto frente a su lesión depende esencialmente de dicha tutela judicial. La tutela judicial será suficiente y efectiva sólo si se produce una investigación oficial eficaz, cuando ésta se revele necesaria. Debe ser una investigación que agote «cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos».

Eso significa, según los estándares universalmente admitidos, que la investigación debe iniciarse inmediatamente tras la denuncia y ser exhaustiva y adecuada a la condición de la persona privada de libertad (pertenencia a grupos vulnerables, por

ejemplo) y a la forma misma de privación de la libertad según el régimen al que se le someta (detención preventiva simple, detención incomunicada, etc.) y, finalmente, ser realizadas por agentes dotados de pericia específica.

Muchas veces se han señalado las recurrentes circunstancias de la dificultad de la víctima de aportar pruebas, de la peculiaridad probatoria de las torturas «psicológicas», del efecto desvanecedor de las pruebas por el paso de periodos de tiempo muy breves, etc. Cada caso presenta sus circunstancias concretas pero debe partirse siempre de esta doble consideración [así lo destaca la sentencia (párr. 3 *in fine*)]. La aplicación del canon descrito a la concreta investigación judicial realizada exige comprobar en primer lugar si puede afirmarse la existencia de «sospechas razonables» de la existencia de torturas o trato inhumano o degradante, que pervivan en el momento del cierre de la instrucción. Y en segundo lugar si esas sospechas eran susceptibles de ser despejadas. al existir todavía medios de investigación a disposición de los órganos judiciales, que pudieran ser adecuados a tal fin.

El Tribunal ha apreciado en este caso (aun teniendo delante el testimonio de cinco reconocimientos médicos) la existencia de datos suficientemente indiciarios para afirmar la existencia y persistencia de una sospecha razonable, que es la que origina la obligación judicial de seguir investigando: ni siquiera la ausencia de signos visibles de agresión física ni las contradicciones surgidas entre diferentes declaraciones de la víctima son necesariamente suficientes para alejar toda sospecha razonable de tortura o trato inhumano. Muchas de las pruebas propuestas por el denunciante no se habían practicado y en particular, resalta el tribunal, no se procedió a obtener testimonio inmediato del denunciante ante el juez instructor. Aunque el Tribunal no lo indica expresamente, es evidente que salvo en casos inverosímiles, la carga de la prueba de que no se han practicado torturas o tratos inhumanos corresponde, ante una denuncia verosímil, a la autoridad bajo cuyo control físico se encuentra el denunciante.

Como miembro del Comité de Naciones Unidas contra la Tortura desde hace doce años debo resaltar tres «estándares» especialmente relevantes para el pleno cumplimiento por todo Estado (Parte en la Convención contra la Tortura de 1984; a la que habría que añadir en este caso la Convención Europea de 1950) de su obligación genérica de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir la tortura y los tratos inhumanos: la utilización por los agentes investigadores del Protocolo de Estambul sobre investigación y documentación de denuncias de tortura; la grabación en vídeo /audio de los interrogatorios de la persona privada de libertad; y la realización por agentes distintos, de una parte de la actividad de detención, traslado, registro e internamiento de una persona privada de libertad; y, de otra parte, de la actividad de interrogar al detenido.

No es el caso, en cambio, referirse aquí a otras garantías de prevención asimismo exigibles, si bien menos estrechamente relacionadas con la obtención de pruebas.

Bienvenida, pues, esta sentencia que ampara derechos fundamentales en la mejor línea de protección de la dignidad de la persona ya seguida anteriormente por el Tribunal Constitucional, y que deberá ser aplicada por los órganos judiciales en futuros casos análogos.

Fernando M. MARIÑO MENÉNDEZ
Miembro del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas
Universidad Carlos III

3.6. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción de la prohibición de extraditar nacionales

EXTRADICIÓN DE NACIONALES.—Prohibición de extradición de nacionales en ausencia de tratado que lo prevea.—Supuestos de doble nacionalidad.—Españoles que siguen ejerciendo su nacionalidad de origen egipcia.

Preceptos aplicados: Ley 4/1985 y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

Sentencias del Tribunal Constitucional 205/2012 y 206/2012 (Sala 1.^a), de 12 de noviembre. Ponente: Juan José González Rivas.

Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2012 (Sala 2.^a), de 10 de diciembre. Ponente: Francisco José Hernando Santiago.

Las sentencias que nos proponemos comentar estiman los recursos de amparo interpuestos por Hussein Salem Fawzi y sus dos hijos Khaled y Magda Salem Ismail contra tres Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, confirmando sendas resoluciones de la Sección 4.^a de la misma Sala, consideraron procedente su extradición a Egipto. Las autoridades egipcias habían solicitado su entrega para ser juzgados por determinados delitos relacionados con el blanqueo de capitales, así como, en el caso del padre, por tráfico de influencias y adjudicación fraudulenta de contratos públicos. La concesión de la extradición fue condicionada en los tres casos a que, en su caso, las autoridades egipcias accedieran a su traslado a España para cumplir la pena impuesta (en el marco del Convenio bilateral de 1994 sobre traslado de personas condenadas) y, en el caso de Hussein y Khaled Salem, a que fueran juzgados por un tribunal de composición distinta al que ya les había enjuiciado en ausencia.

Los tres asuntos presentan un singular interés debido a los siguientes hechos. Primero: los recurrentes, originariamente egipcios, adquirieron en los años noventa la nacionalidad española por residencia (superior a 10 años, como se requería en este caso), cumpliendo para ello con todos los requisitos establecidos en la Ley y, entre ellos, el de renuncia a su nacionalidad anterior (arts. 22 y 23 del Código Civil). Segundo: a pesar de lo anterior, habían seguido utilizando de manera continuada su nacionalidad de origen (uso de pasaporte egipcio, reiterados viajes y largas estancias en Egipto, etc.), al disfrutar de una situación de doble nacionalidad «patológica» (no prevista ni en la Ley ni en ningún tratado). Tercero: entre España y Egipto no existe ningún tratado de extradición en vigor, por lo que resulta de aplicación al caso el art. 3.1 de la Ley 4/1985 de extradición pasiva, a cuyo tenor «no se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los tribunales españoles, según el ordenamiento nacional», salvo que «fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición».

Recordemos que de acuerdo con la STC 87/2000, de 27 de marzo, si bien no cabe deducir de la Constitución una prohibición absoluta de extraditar nacionales (ni de su art. 13 ni tampoco del contenido de los derechos fundamentales susceptibles de amparo; véase ROVIRA, A., *Extradición y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 217 y ss.), la entrega de un nacional a otro Estado puede tener relevancia constitucional dada la prohibición establecida en el art. 3.1 de la Ley 4/1985 (en relación con esta sentencia, véase el comentario de J. GONZÁLEZ VEGA en la crónica de jurisprudencia de DI público publicada en esta *Revista*, en el núm. 1-2 de 2001, pp. 417 y ss.).

En concreto, el TC declaró en esta sentencia que «la no aplicación de esta disposición puede ser revisada desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, desde la óptica del derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho», considerando sin embargo aplicable en este caso un «canon de motivación reforzado» por cuanto este «derecho se conecta con otros derechos fundamentales: con el derecho a la libertad (art. 17 CE) y con el derecho a la libertad de residencia y de entrada y salida del territorio del Estado (art. 19 CE)» y dado que «la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos en el derecho del recurrente a permanecer en España y, como eventual consecuencia, el cumplimiento de una pena privativa de libertad» (FJ 5).

Ahora bien, el TC admite que, a pesar de la prohibición de la Ley 4/1985, la extradición de nacionales pueda producirse en el marco de un tratado que lo prevea: «cuando existe un Convenio bilateral o multilateral de extradición firmado por España, las extradiciones entre España y los países firmantes del Convenio se rigen por las disposiciones del mismo, mientras que en ausencia de Tratado con el país que solicita la extradición se aplica la Ley de extradición pasiva» (*ibid.*; en el mismo sentido se ha manifestado la STC 11/1985, de 30 de enero, entre otras). Y, consecuentemente, ha declarado que «la conformidad a la Constitución de la extradición de nacionales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, no podría ser resuelta siempre en idéntico sentido, pues dependerá, al menos, de la existencia o no de Tratado y de las previsiones del mismo respecto de la cuestión». Ahora bien, estima que la prohibición de extraditar nacionales contenida en términos taxativos en el art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva cobra relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en ausencia de tratado «pues difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria una resolución que a pesar del mismo acceda a la extradición de un nacional» (*ibid.*).

En relación con la extradición de nacionales al amparo del Convenio Europeo de Extradición, la STC 87/2000 descarta que pueda ser considerada arbitraria a pesar de que en él no se impone a los Estados partes su entrega, sino que sólo se les faculta para ello (art. 6.1). El Tribunal argumenta que en este caso la existencia del Convenio «constituye al menos un indicio de la mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal necesaria a efectos de despejar los posibles recelos de desigualdad que el enjuiciamiento bajo las leyes de otro Estado puede suscitar». Además, considera que la extradición de nacionales entre Estados partes del CEDH «no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de sus ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (*ibid.*). El TC también ha descartado que sea arbitraria la extradición de nacionales en el marco del Tratado de extradición con Estados Unidos de 1970, que tampoco impone (sólo faculta) su entrega (Auto 340/2004, de 13 de septiembre).

Una vez recordadas las líneas maestras de la doctrina del TC en materia de extradición de nacionales, estamos ya en condiciones de analizar las sentencias del TC objeto de este comentario, así con los Autos de la Audiencia Nacional recurridos en amparo que, a pesar de la inexistencia de Tratado de extradición con Egipto y de descartar que la adquisición de la nacionalidad española por los recurrentes fuera fraudulenta, accedieron a las solicitudes de extradición. La Audiencia Nacional basó sus resoluciones en el hecho de que los recurrentes en amparo no tenían como única nacionalidad la española sino que *de facto* mantenían la nacionalidad egipcia de origen. El Auto de 2

de marzo de 2012 por el que se accede a la extradición de Khaled Salem razonaba en los siguientes términos:

«Esta situación de doble nacionalidad efectivamente ejercida por el reclamado impide conceder primacía a lo establecido en el artículo 3.1 de la LEP, ya que se reitera que el reclamado es también nacional egipcio. Obrar de otro modo, como pretende la defensa del interesado, crearía un espacio de impunidad contrario a los principios de respeto a las reglas de la buena fe y de proscripción del abuso del derecho, respectivamente consagrados en los artículos 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 7.2 del Código Civil.

En definitiva, no puede ampararse al reclamado ante la situación de dualidad de nacionalidades creada por sus propios actos de manera totalmente consciente. Consta que el reclamado, aun después de obtener la nacionalidad española y de renunciar a su nacionalidad egipcia, siguió utilizando de manera continuada su nacionalidad de origen. En este punto conviene tener presente lo indicado en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, cuando realiza la distinción entre nacionalidad efectiva y nacionalidad residual, siendo esta última en el caso examinado la española. También es procedente hacer referencia al apartado de dicha resolución que alude al diferente trato que ha de dispensarse en materia de extradición a los españoles sin ninguna otra nacionalidad y los españoles que disfrutan de otra nacionalidad, que es el caso que nos ocupa, siendo precisamente esta última la nacionalidad de origen. Distinción que en absoluto supone una discriminación, ya que tal diferencia ha sido buscada y fomentada por el propio sujeto interesado, en este supuesto para intentar evitar su entrega a las autoridades egipcias, lo que desde luego no puede amparar este Tribunal».

En similares términos se expresaba el Auto dictado en la misma fecha en relación con la solicitud de extradición de Hussein Salem, que también calificaba el ejercicio simultáneo de las dos nacionalidades como de abuso de derecho. Por su parte, el Auto de 5 de marzo relativo a Magda Salem precisaba que:

«La prohibición del artículo 3 de la LEP deja de operar automáticamente y pierde su valor absoluto al haberse mantenido la nacionalidad egipcia por la reclamada de forma libre, voluntaria, consciente y oportunista, si bien es cierto que no puede estimarse que la adquisición de la nacionalidad española se verificara para eludir o evitar la extradición, atendida la antigüedad del expediente».

En cuanto a la exigencia de reciprocidad consagrada en el art. 13.3 de la Constitución (y que recogen los arts. 1.2 y 6 de la Ley 4/1985), los Autos de la Audiencia Nacional consideraron que estaba probada con un doble fundamento: por una parte, atendiendo a las declaraciones del Fiscal General y del Ministerio de Justicia egipcios, en las que se aseguraba que las solicitudes de extradición de ciudadanos egipcio-españoles que se recibieran en el futuro no serían denegadas únicamente con motivo de la nacionalidad egipcia del sujeto requerido; y, por otra parte, por aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, de las que son partes tanto España como Egipto.

Las tres recurrentes en amparo imputaban a las resoluciones de la Audiencia Nacional la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del principio de legalidad (art. 25 CE), al haber accedido a la solicitud de extradición de españoles en ausencia de tratado de extradición con Egipto y, por tanto, en infracción de la Ley de extradición pasiva (art. 3.1), así como sin la necesaria concurrencia de reciprocidad (art. 13.3 CE y arts. 1.2 y 6 de la Ley 4/1985). Asimismo alegaban la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) por cuanto, a su juicio, corrían un riesgo cierto de sufrir vulneraciones de sus derechos fundamentales con su extradición a Egipto. Las demandas objeto de las SSTC 205/2012 y 232/2012 invocaban asimismo la vulneración del derecho a la integridad física y moral y a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumana-

nos o degradantes (art. 15 CE) por inaplicación del art. 4.6 de la Ley de extradición pasiva, que prescribe la denegación de la entrega «cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes».

La demanda de amparo interpuesta por Hussein Salem (STC 232/2012) advertía que, en su caso, ya se habían vulnerado varios derechos procesales en el juicio en ausencia que se siguió contra él (entre otros, el derecho a la defensa y a asistencia de letrado). Además, también denunciaba la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) al concurrir, a su juicio, razones fundadas de que la solicitud de extradición atendía a consideraciones ideológicas y políticas y el riesgo cierto de que su situación se viera agravada por ello (en contra de lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley 4/1985). Por último, denunciaba igualmente la vulneración del derecho a la vida, a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la vida privada familiar o intimidad familiar (art. 18.1 CE), al haber ignorado la Audiencia Nacional su edad, estado de salud y situación familiar, circunstancias que a su entender debieron determinar conjuntamente la denegación de la extradición por razones humanitarias.

En las tres sentencias comentadas, el TC estima el primer motivo de amparo tras constatar que la Audiencia Nacional basó sus Autos en el argumento del abuso de derecho que suponía el ejercicio de la doble nacionalidad española y egipcia y, por tanto, que aplicó una excepción a la prohibición de extradición de nacionales no contemplada en el art. 3.1 de la Ley 4/1985.

Debe aclararse que el Tribunal no considera que la infracción del principio de legalidad extradicional consagrado en el art. 13.3 de la Constitución —que no reconoce derechos susceptibles de protección directa a través del recurso de amparo— encuentre acomodo en su art. 25.1, «puesto que este principio se refiere a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, no a las procesales (STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3)» (STC 232/2012, FJ 3). Sin embargo, tras recordar su doctrina sobre la exigencia de aplicar en este caso un canon reforzado de motivación (al estar en juego los derechos de libertad y de libertad de residencia y de entrada y salida del territorio nacional), estima que la Audiencia Nacional incurrió en irrazonabilidad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva al aplicar una excepción a la prohibición de entrega de nacionales que excede el tenor del art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva.

Las SSTC 205/2012 y 206/2012 consideran que las resoluciones de la Audiencia no exteriorizan «una justificación adecuada desde la perspectiva constitucional» por los siguientes motivos:

«a) En primer lugar, la situación de hecho de doble nacionalidad no enerva la condición de español del [de la] recurrente en el momento de solicitarse la extradición, puesto que la adquisición, conservación y pérdida de nacionalidad sólo se produce en los supuestos previstos en la Ley según preceptúa el artículo 11.1 CE. Se trata de una excepción no prevista en la Ley que en este caso tampoco tendría encaje desde la perspectiva interna (al quedar fuera de los supuestos de doble nacionalidad contemplados en el art. 11.3 CE) desde el momento en que el [la] recurrente renunció a su nacionalidad egipcia anterior al adquirir la española, lo cual impediría la situación de hecho de doble nacionalidad, y mantuvo un vínculo continuado y efectivo con España desde la adquisición de la nacionalidad, de acuerdo con la base fáctica expuesta en los Autos de la Audiencia Nacional consistente en la utilización repetida del pasaporte español, inscripción de la residencia en el registro consular e intereses económicos y familiares en España.

b) En segundo lugar, la conclusión de abuso de derecho se alcanza a partir de unos hechos base que afirman la residencia no actual en el Estado de origen y la utilización ocasional del pasaporte egipcio, que no llevan lógicamente a la conclusión de mantenimiento de la nacionalidad española por conveniencia, puesto que, por una parte, el lugar de residencia y los desplazamientos de los españoles están amparados por las libertades fundamentales de residencia y libre circulación (art. 19 CE) y, por otra parte, la admisión por el Estado de origen de determinados actos vinculados a la condición de nacional y el ejercicio por el interesado de tales actos no llevan lógicamente a la conclusión de mantenimiento fraudulento o abusivo de la nacionalidad española cuando mantiene parcialmente un vínculo con su Estado de origen, por admitirse tal posibilidad desde la perspectiva interna de dicho Estado» (FJ 7 y 8, respectivamente; los términos entre corchetes corresponden a la STC 206/2012).

La STC 232/2012, por su parte, señala de forma más resumida que:

«[...] el recurrente, de nacionalidad egipcia de origen, adquirió la nacionalidad española por residencia superior a diez años, mediante resolución del Ministerio de Justicia de 27 de febrero de 2008, habiendo realizado el acto de juramento y renuncia a la nacionalidad anterior en comparecencia de 5 de mayo de 2008. Se cumplieron, por tanto, los requisitos constitutivos del artículo 23 del Código Civil, entre ellos el de renuncia a su anterior nacionalidad y, frente a esa resolución, no se ha entablado ninguna de las acciones a que se refiere el artículo 25.2 del Código Civil para los supuestos de falsedad, ocultación o fraude.

Por tanto, y desde la perspectiva del Derecho interno, el recurrente ostenta únicamente la nacionalidad española, por cuanto renunció a su nacionalidad anterior y no existe Tratado de doble nacionalidad con Egipto» (FJ 4).

Los tres pronunciamientos reafirman pues la doctrina contenida en la STC 87/2000, en la que, como vimos, el TC advierte que en ausencia de Tratado, «difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria» una resolución que, a pesar del tenor taxativo del art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva, acceda a la extradición de un nacional.

Con independencia del juicio que puede merecer el comportamiento de los recurrentes, al ejercer de facto la nacionalidad de origen al tiempo que disfrutaban de la española (o, en su caso, por ser efectivamente autores de los delitos que les imputan las autoridades egipcias), las sentencias que comentamos merecen una valoración favorable. En particular, compartimos la posición del TC cuando afirma que, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, los recurrentes en amparo eran españoles y, como tales, no podían ser extraditados a Egipto en ausencia de tratado de extradición que así lo previera, a menos que se hubiere acreditado (lo que no es el caso) que adquirieron la nacionalidad española «con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición». Por lo demás, no puede olvidarse que para los supuestos denominados de doble nacionalidad «patológica», el Código Civil dispone que «prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras Leyes o en los tratados internacionales» (art. 9.9).

Conviene en este punto advertir que, como señala el TC en las sentencias comentadas —en contra del parecer de la Audiencia Nacional—, la denegación de la entrega en los casos considerados no supone crear «un espacio de impunidad». A este respecto, la STC 232/2012 argumenta que «debe descartarse que la denegación de la extradición implique por sí misma la impunidad de los hechos perseguidos por las autoridades egipcias, dado que el art. 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirma la competencia de los Tribunales españoles para conocer de hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho» (FJ 4). De hecho, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 ya

había iniciado diligencias contra Hussein y Khaled Salem. Además, debemos recordar que el art. 3.2 de la Ley de extradición pasiva dispone que, en el caso de denegarse la entrega de un nacional, «si el Estado en que se hayan ejecutado los hechos así lo pidiere el Gobierno Español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado», añadiendo que «si así se acordare, solicitará del Estado requirente que remita las actuaciones practicadas o copia de las mismas para continuar el procedimiento penal en España».

Ahora bien, cabe preguntarse si estos nuevos pronunciamientos del TC en materia de extradición presentan o no alguna contradicción con la STC 181/2004, de 2 de noviembre, invocada en los Autos de la Audiencia Nacional recurridos en amparo. Como se recordará, en esta sentencia el TC desestimó un recurso de amparo contra una resolución de la Audiencia Nacional que acordó en fase judicial la entrega a Venezuela de un español de origen con doble nacionalidad que venía ejerciendo de facto la nacionalidad venezolana. Recuérdese que España no ha celebrado con Venezuela un tratado de doble nacionalidad —de los previstos en el art. 11.3 de la Constitución—, sino tan sólo un tratado sobre intercambio de información relativo al otorgamiento de nacionalidad a ciudadanos de la otra parte (Canje de Notas de 4 de julio de 1974, *BOE* de 12 de noviembre de 1975). Por otra, debe también tenerse presente que de acuerdo con el art. 24.1 del Código Civil «la adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir [...] la pérdida de la nacionalidad española de origen».

La STC 205/2012 (única de las tres comentadas que se refiere a esta cuestión) descarta que fuera de aplicación la doctrina establecida en la STC 181/2004 «puesto que en este caso existía un tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Venezuela, de 4 de enero de 1989 [...], lo cual llevó a este Tribunal a entender que el supuesto de hecho se situaba fuera del marco de la hipótesis de aplicación directa del artículo 3.1 de la Ley de extradición pasiva, por ser aplicable el artículo 8.1 del citado Tratado entre España y Venezuela, que contemplaba la no entrega del nacional en términos facultativos, y no imperativos como hace el citado artículo 3.1 LEP» (FJ 6). Sin embargo, esta afirmación merece ser matizada.

En la STC 181/2004, el TC afirmó, efectivamente, que la existencia del Tratado de extradición entre España y Venezuela, que contempla la no entrega de los nacionales en términos facultativos (y no imperativos) «nos sitúa fuera del marco de la hipótesis de aplicación directa del artículo 3.1 de la Ley de extradición pasiva». Y a partir de esta constatación, procedió a enjuiciar la decisión de la Audiencia Nacional desde la perspectiva del principio de igualdad (art. 14 CE), que el recurrente consideraba lesionado, descartando finalmente que fuera discriminatoria. Recuérdese que el Auto de la Audiencia acordó la entrega del reclamado tras constatar que su nacionalidad «efectiva» fue siempre la venezolana y que sólo ejerció de facto la española a partir de 1994 para «sustraerse a la acción de la justicia venezolana» (FJ 10 de la STC 181/2004). Así pues, como recalcó el TC en su sentencia, «el fundamento de la decisión de la Audiencia Nacional no se sustenta de forma exclusiva en que el recurrente tiene doble nacionalidad, sino en que la nacionalidad española en este caso tiene carácter residual y ha sido “utilizada exclusivamente para sustraerse a la acción de la justicia venezolana”» (*ibid.*). Y a este respecto, el TC recordaba que el art. 8.1 del Tratado de extradición con Venezuela no sólo dispone que «cuando el reclamado fuera nacional de la parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de extradición de acuerdo con su propia ley», sino que advierte que «la cualidad de nacional se apreciará en el momento de la

decisión sobre la extradición y *siempre que no hubiese sido adquirida con el fraudulento propósito de impedir aquélla*» (cursiva añadida), concluyendo así que:

«[...] el art. 8.1 del Tratado de extradición aplicable [...], así como el art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva de 1985, establecen una excepción a la norma que prohíbe la extradición de los nacionales para aquellos casos en los que la nacionalidad haya sido adquirida con el propósito fraudulento de impedir la extradición. Y, si bien dicha excepción no tiene su ámbito propio de aplicación respecto de los nacionales de origen, es lo cierto que en supuestos de doble nacionalidad como el presente, en los que de facto solo se ejerce una nacionalidad —la venezolana—, el fundamento material de dicha excepción cobra sentido a los efectos de entender que no rehusar la entrega no supone una discriminación injustificada o irrazonable» (ibíd.).

Así pues, el TC consideró que la circunstancia de que el reclamado ejerciera la nacionalidad española con el único propósito de evitar la acción de la justicia venezolana podía ser subsumida dentro de la excepción del art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva, que prohíbe la entrega de nacionales salvo que «fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición», excepción que recoge igualmente el Tratado con Venezuela:

«[...] para ejercer la facultad prevista en el artículo 8.1 del Tratado, la Audiencia Nacional no se ha desvinculado de la Ley española, a la que dicha disposición remite —“podrá rehusar [...] de acuerdo con su propia ley”—, sino que ha efectuado una de las posibles interpretaciones del art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva, aplicando la excepción, inicialmente prevista para los casos de nacionalidad adquirida, a un supuesto de doble nacionalidad tan singular como el presente, en el que la nacionalidad efectiva, siempre ha sido la venezolana y la española solo se ejerció de facto, en opinión de la Audiencia Nacional para “sustraerse a la acción de la justicia venezolana”» (ibíd.).

Se aprecia, por tanto, si no una contradicción, sí al menos la necesidad de integrar la doctrina expresada en las SSTC 205/2012, 206/2012 y 232/2012 con la que se formula en la STC 181/2004. En efecto, a diferencia de esta última, la primeras no mencionan la posibilidad de que la excepción del art. 3.1 de la Ley 4/1985 sea interpretada en el sentido de que no sólo cubre los supuestos de adquisición fraudulenta de la nacionalidad española para evitar la extradición, sino igualmente aquellos en que un nacional del Estado reclamado que tiene también la nacionalidad española ejerce esta última (hasta entonces «residual») precisamente con dicha finalidad (uso fraudulento de la nacionalidad).

Por otra, la STC 181/2004 puede resultar algo confusa pues, por una parte, considera no aplicable al caso la Ley de extradición pasiva sino el Tratado con Venezuela y, por otra, parece entender que la Audiencia Nacional no podía desvincularse de la Ley española en materia de extradición de nacionales por cuanto el art. 8.1 de dicho Tratado —a diferencia del Convenio Europeo de Extradición, pero al igual que otros tratados bilaterales de extradición— remite a ella (véase párrafo recién reproducido de la STC 181/2004). Así pues, no resulta del todo claro, a la luz de la doctrina del TC, si en el caso de tratados de extradición que facultan la extradición de nacionales, pero que remiten a la Ley nacional del Estado reclamado, se aplica la Ley 4/1985 o las disposiciones convencionales. Por lo demás, la doctrina del Tribunal tampoco permite contestar de manera indubitada a la pregunta de si, con carácter general, procede o no aplicar la distinción entre nacionalidad efectiva y residual a la hora de acceder a la extradición de nacionales con doble nacionalidad (no convencional), ya sea en el marco de la Ley 4/1985 o de un tratado de extradición.

Para terminar, aun cuando las SSTC 205/2012, 206/2012 y 232/2012 no consideran necesario un pronunciamiento sobre los restantes motivos de amparo aducidos por

los recurrentes —al haber estimado el TC el primero de los invocados por los recurrentes—, haremos alguna consideración en relación con la posible vulneración por la Audiencia Nacional del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la exigencia de reciprocidad (art. 13.3 CE y arts. 1.2 y 6 de la Ley 4/1985).

El TC ha negado que pueda someter a control directo el principio de reciprocidad extradicional del art. 13.3 de la Constitución —que, repetimos, no enuncia derechos susceptibles de amparo—, afirmando en consecuencia que:

«[...] la decisión de en qué grado haya de atenderse a la reciprocidad en la decisión de entrega es una cuestión que cae del lado de la legalidad ordinaria, la cual, por tanto, y salvo que la desatención de la reciprocidad comprometa la salvaguarda de derechos fundamentales del reclamado, o bien que su aplicación venga presidida por una motivación manifiestamente irrazonable o de todo punto arbitraria, queda extramuros de nuestra competencia» (STC 30/2006, de 30 de enero, FJ 7).

Por otra parte, a la hora de determinar si una resolución que accede a una solicitud de extradición es fruto de un error patente o resulta arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, el TC advierte que ha de tenerse en cuenta que «la determinación del contenido y alcance del principio de reciprocidad constituye una cuestión susceptible de diversas interpretaciones, en particular en lo atinente al grado de similitud, o incluso identidad, de los supuestos de hecho, que constituye el presupuesto para exigir al Estado requirente garantía de reciprocidad» (STC 87/2000, FJ 7). También recuerda que «tal y como establecen los arts. 1.2 LEP [así como su art. 6] y el art. 278.2 LOPJ, “la determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponderá al Gobierno”, por lo que nada impide que, en la siguiente fase gubernativa del expediente de extradición, la misma sea nuevamente valorada por el órgano correspondiente del Poder Ejecutivo» (*ibid.*).

No es nuestro propósito opinar sobre la posibilidad de que los Autos de la Audiencia Nacional considerados en esta nota fueran o no susceptibles de revisión por parte del TC desde la perspectiva de la aplicación del principio de reciprocidad extradicional (al considerar probada la reciprocidad sobre la base de los compromisos asumidos por las autoridades egipcias y al estimar que no había indicios de que los reclamados no fueran a gozar de un juicio justo e imparcial o de que corrieran el riesgo de ser sometidos a tratados inhumanos y degradantes). Tan sólo queremos señalar que la Audiencia Nacional tal vez yerra al estimar que la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción servía asimismo de base para apoyar la concurrencia de dicho principio.

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 —en concreto, su art. 44, en materia de extradición— no puede ser considerada como un tratado de extradición del que se derive la existencia de reciprocidad entre las partes en relación con la entrega de nacionales. Baste con recordar que el apdo. 8 del art. 44 de la Convención dispone que «la extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición». Según parece, los votos particulares a los Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmatorios de las resoluciones de su Sección Cuarta se expresaron en este sentido (según se desprende del antecedente 1 de la STC 205/2012).

Javier Díez-Hochleitner
Universidad Autónoma de Madrid

3.7. Jurisdicción universal: consolidación de la aplicación del art. 23.4 de la LOPJ

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Tíbet.—Vínculo de conexión con España.— Interpretación de tratados internacionales.—Atribución de jurisdicción a un Estado para perseguir hechos cometidos en otro Estado.

Preceptos aplicados: art. 23.4 LOPJ y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 25 de octubre de 2012 (ROJ: ATS 10803/2012). Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012012202245.

Este auto, por el que el Tribunal Supremo (en adelante TS) desestima el incidente de nulidad de actuaciones presentado contra su Auto de 6 de octubre de 2011, en el que declaraba no haber lugar a la admisión del recurso de casación, no tiene mayor interés para el internacionalista, si no fuera por unas desafortunadas referencias al Derecho internacional. En efecto, sobre el fondo del asunto, a saber el rechazo de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de crímenes cometidos en Tíbet, en aplicación de la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ, no hay aportación alguna en el presente auto.

En efecto, al tratarse de un incidente de nulidad, el TS se limita a examinar si se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en relación con el derecho a un proceso público con todas las garantías, al deber de motivación de las resoluciones judiciales y a la prohibición de indefensión. Según los recurrentes, la Sala de lo Penal sólo se ha referido a «la cuestión de la existencia de un vínculo de conexión con la jurisdicción española, pero no ha resuelto el extremo relativo a las consecuencias que, a estos efectos, se derivarían de la aplicación de los tratados internacionales suscritos por España» (FJ 1) incurriendo en incongruencia omisiva.

El TS rechaza dicha argumentación al considerar que el Auto de 6 de octubre de 2011 sí se refería a los distintos tratados de Derecho internacional público a los que se refieren los querellantes. Además, recuerda que se concluyó que, en cualquier caso, no existía vínculo de conexión relevante entre los hechos denunciados y la jurisdicción española, lo que, según el TS «resuelve explícita e implícitamente cualquier otra consideración sobre el particular» (FJ 3).

El TS podría haber finalizado aquí su argumentación para rechazar el incidente de nulidad. No obstante, sin ser necesario, realiza un desgraciado y aproximado resumen de la jurisprudencia anterior del TS en materia de interpretación de los tratados internacionales y de atribución de jurisdicción a un Estado para perseguir hechos cometidos en otro Estado (SSTS 327/2003, de 25 de febrero y 319/2004, de 8 de marzo). Según el TS, aquellas sentencias plasman los siguientes principios:

«1) Que hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción.

2) Que, en el artículo VIII del Convenio contra el genocidio, se establece que cada parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin

de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

3) Que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional; y, a este respecto, se cita expresamente lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

4) Que, en los Tratados Internacionales relativos a estas materias, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado» (FJ 4).

Si bien no se trata aquí de realizar una crítica a cada una de estas afirmaciones, su lectura sí permite reiterar que, de manera general, el conocimiento del Derecho internacional público y de los instrumentos aquí citados es bastante aproximativo. No sólo las citas de disposiciones normativas son erróneas (aunque quizás el cambio del art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas por el 27 sea simplemente una errata), sino que las interpretaciones que se hacen de las disposiciones normativas son, como mínimo, superficiales (a modo de ejemplo, ni los tratados internacionales establecen todo lo que los Estados pueden hacer de conformidad con su legislación interna, ni se entiende la referencia a la Corte Penal Internacional).

Ana PEYRÓ LLOPIS
Universitat Jaume I de Castellón
Universidad de Cergy-Pontoise

3.8. Jurisdicción universal: consolidación de la aplicación del art. 23.4 de la LOPJ

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Chile.—Nacionalidad española.

Preceptos aplicados: art. 23.4 LOPJ.

Chile: Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2012 (ROJ: AAN 299/2012). Ponente: Pablo Rafael Ruz Gutiérrez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079270052012200007.

Mediante este auto, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, reconoce la competencia de los tribunales españoles en aplicación de la nueva redacción del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). La polémica reforma, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, del art. 23.4 no es, en esta ocasión, un obstáculo para el reconocimiento de la competencia de los tribunales españoles en relación con crímenes cometidos durante la dictadura chilena. En efecto, en su Auto, el juez procesa a varios integrantes de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) chilena, por un presunto delito de genocidio, un delito de asesinato y un delito de detención

ilegal cometidos contra el diplomático español Carmelo Soria Espinoza, que trabajaba entonces en la CEPAL (Comisión Económica para América Latina).

«Cabe recordar que, con la reforma de 2009, fundamentalmente, se añade el apartado siguiente al art. 23.4:

«[s]in perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreeserá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior».

En el caso que nos ocupa, el órgano jurisdiccional español aplica dichos criterios para reconocer sin problemas su competencia en la medida en que, por una parte, la víctima era de nacionalidad española.

Por otra parte, por lo que respecta a la existencia de un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva en otro país competente, el juez recuerda al respecto que, al haberse sobreesido el procedimiento por parte de la Corte Suprema de Chile, el 23 de agosto de 2006, en aplicación del art. 1 del Decreto Ley 2191 de 1978, se ha impedido cualquier pronunciamiento de los tribunales sobre la responsabilidad e implicación de los investigados en los hechos. Concluye el Juez instructor que no ha existido una investigación y persecución realmente efectiva de los hechos objeto de la presente causa, considerando que el Decreto Ley chileno de 1978 es «un acto material de auto-amnistía de la dictadura militar chilena, que se camufló bajo la apariencia de norma jurídica, no obediendo a decisión alguna de un parlamento democrático en el ejercicio de la soberanía del país. En definitiva, la investigación en la República de Chile fue cerrada por una amnistía que no respondía “al consenso total de las fuerzas políticas en un periodo constituyente” (STS 101/2012, de 27 de febrero), suponiendo sin embargo un obstáculo que hace imposible la persecución eficaz del delito en el lugar de los hechos, motivo por el cual la jurisdicción española resulta competente para la investigación, enjuiciamiento y fallo del delito, ex. art 23.4 párr. 2.º LOPJ a sensu contrario» (RJ 3).

Ana PEYRÓ LLOPIS
 Universitat Jaume I de Castellón
 Universidad de Cergy-Pontoise

3.9. El derecho del asilo y la obtención de medios probatorios: el valor de los informes de las organizaciones defensoras de derechos humanos

DERECHO DE ASILO.—Derechos humanos.—ACNUR.—Situación de postconflicto.

Preceptos aplicados: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1954 y Protocolo de Nueva York de 1967.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 18 de julio de 2012 (ROJ: SAN 3419/2012). Ponente: Ángel Novoa Fernández.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230052012100544.

Esta Sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 18 de julio de 2012 dirige nuestra atención hacia las dificultades a las que pueden enfrentarse los solicitantes de asilo a la hora de presentar la prueba necesaria para el reconocimiento de su condición de refugiado. En la actualidad diversas organizaciones están involucradas en el proceso de proporcionar análisis y datos sobre la situación en los países afectados por conflictos armados que causan flujos de refugiados. No obstante, tal como pone de relieve la sentencia que nos ocupa en el presente comentario, los informes producidos por dichas organizaciones, solicitados y admitidos como prueba, no sirven necesariamente para obtener una resolución final en los litigios en materia de asilo que resulte favorable al recurrente.

El caso tiene su origen en un recurso contencioso-administrativo presentado el 17 de noviembre de 2008 contra una resolución del Ministro del Interior de 23 de septiembre de 2008, que acordó denegar a un congolés la concesión del derecho de asilo en España sobre la base del art. 3.1 de la Ley 5/1984, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (vigente hasta el 20 de noviembre de 2009 y sustituida por Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria). Dicha Ley remite la definición de los requisitos que han de reunirse para el disfrute de la condición de refugiado a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y al Protocolo de Nueva York de 1967. Pues bien, la resolución del Ministerio de Interior denegando el asilo se fundamentaba en la inexistencia, consideradas las circunstancias personales del solicitante descritas en su petición de asilo, de la persecución a que se refiere el art. 1.a) de la Convención de Ginebra. Por otra parte, no aprecia que se den razones humanitarias o de interés público para autorizar la permanencia en España con fundamento en el art. 17.2 de la Ley de Asilo.

Esta sentencia de la AN trae causa de una sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2011 (STS 4823/2011) que estimó el recurso de casación interpuesto contra una sentencia desestimatoria previa de la Audiencia, de 17 de febrero de 2010, por dos motivos. En primer lugar, el recurrente, amparándose en el art. 88.1) de la Ley de la Jurisdicción, alegó la infracción del art. 24 de la CE por denegar la práctica del medio de prueba que propuso, consistente en que se recabara informe de la Delegación del ACNUR en la República Democrática del Congo sobre la situación política del país desde el año 2002 hasta la fecha de su solicitud. A este respecto, sostuvo que no debía ser él mismo quien aportase dicho informe y que la decisión de la Sala sobre la impertinencia de la prueba carecía de motivación. Además, alegó que se había producido igualmente una infracción de los preceptos anteriormente citados al declarar la Sala de instancia pertinente otro medio de prueba, consistente en que se oficiara al Ministerio de Asuntos Exteriores o a la Embajada española en la República Democrática del Congo a fin de que emitieran el informe que en su día les había sido requerido por el instructor del expediente (y que no había tenido respuesta), y no adoptar las medidas necesarias para su práctica (la Sala se dirigió al Ministerio del Interior). En segundo lugar, el recurrente alegó asimismo la infracción del art. 17.2 de la Ley 5/1984 por entender que la situación de violencia y enfrentamiento civil en la República Democrática del Congo justificaba al menos que se le reconociera el derecho a permanecer en España por razones humanitarias.

Pues bien, el TS estimó el primer motivo de casación considerando que los dos medios de prueba propuestos por el recurrente eran pertinentes y debían haber sido practicados, por cuanto podían permitir constatar la existencia de indicios suficientes de la persecución relatada por el recurrente, decidiendo en consecuencia reponer las actuaciones procesales al estado y momento en que debían haber sido admitidos.

Volviendo a la Sentencia de 18 de julio de 2012 objeto de este comentario, debemos destacar que en ella la AN inicia su argumentación señalando que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 23 de junio de 1994, de 19 de junio de 1998 y de 2 de marzo de 2000), «la naturaleza fundamental del derecho de Asilo, recogido en el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, determina que el examen y la apreciación de las circunstancias que lo determinan no se realice con criterio restrictivo, bastando alcanzar una convicción de su realidad para acordar la declaración pretendida, lo que en definitiva se desprende de la propia Ley, en su artículo 8, al utilizar la expresión “indicios suficientes”». Consecuentemente, la AN afirma, siguiendo de nuevo la doctrina del TS, que no es exigible «una prueba plena porque partiendo del hecho notorio de que en un determinado país existen unas circunstancias socio-políticas que conllevan persecución por distintas razones, tal situación impide generalmente la obtención de elementos de prueba que acrediten la situación de perseguido, por eso habrá que buscar una prueba indiciaria que “prima facie” acredite que quien solicita el asilo o refugio es o puede ser perseguido en razón de circunstancias étnicas, religiosas, por pertenencia a grupo político social determinado, etc., sin que quepa establecer criterios de general aplicación de la norma, debiendo estarse a la valoración que se realice en cada caso concreto y de las circunstancias que en él concurren» (FJ 3).

Partiendo de esta doctrina, el tribunal procede a una valoración de los nuevos medios probatorios cuya práctica exigió el TS, llegando a la conclusión de que nada nuevo aportaban a la tesis del recurrente y que, por tanto, el recurso debía ser desestimado. En concreto, sin poner en cuestión la calidad de los informes en sí, la AN destaca su irrelevancia a efectos de asilo porque describen una situación del país que nunca se puso en tela de juicio pero que no acreditan que la situación en la República Democrática del Congo afecta de modo directo al solicitante. A este respecto, la AN destaca la siguiente parte del informe emitido por la Oficina del ACNUR en la República Democrática del Congo:

«[...] nuestra oficina, no disponemos de un departamento dedicado a realizar informes sobre la situación en el país de origen de los refugiados. En tales casos, y para nuestras consultas internas, recurrimos a la página web www.ecoi.net, que nos permitimos recomendarles. Dicha página aglutina información de país de origen enfocada al asilo, presentando tanto los informes realizados por diversas organizaciones de defensa de los derechos humanos (Amnistía Internacional, *Human Rights Watch*, etc.), como la información manejada por algunos Gobiernos (Departamento de Estado de EEUU y el *Home Office* británico) para valorar las solicitudes de asilo.

Respecto a la situación actual del país en general, la Misión de estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo informa en su página Web que “La situación general de los derechos humanos en la República Democrática del Congo es una causa de grave preocupación. Las ejecuciones arbitrarias, violaciones, detenciones y la prisión arbitraria, la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el saqueo son cometidos tanto por agentes del Estado como por grupos armados. A pesar de que en julio de 2009, el Presidente de la República Democrática del Congo pidió ‘tolerancia cero’ para los violadores de los derechos humanos dentro de las fuerzas de seguridad congoleñas, la impunidad de las violaciones de derechos humanos sigue siendo generalizada. Los problemas de gobernabilidad que contribuyen a violaciones de los derechos humanos y la ausencia del imperio de la Ley afectan negativamente a la calidad de vida de los congoleños en todo el país todos los días”.

En la misma línea, el tercer informe conjunto de los siete expertos de Naciones Unidas sobre la situación en la República Democrática del Congo de 9 de marzo de 2011, señalaba que “los expertos consideran que la situación de los derechos humanos no ha mejorado desde su informe inicial y sigue siendo grave, incluso en las zonas no afectadas por el con-

flicto. Miembros de las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo (FARDC), la Policía Nacional Congoleña (PNC), la Agencia Nacional de Inteligencia (ANR) y otras fuerzas de inteligencia han sido identificados como responsables de ejecuciones sumarias, violencia sexual, tortura y malos tratos. Grupos armados como el Ejército de Resistencia del Señor (LRA) y las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda (FDLR) cometen atrocidades que equivalen a infracciones graves del derecho internacional humanitario y, en algunos casos, también pueden constituir crímenes contra la humanidad”».

En conclusión, esta sentencia de la AN muestra las dificultades a las que se enfrentan las personas que buscan asilo en España u otros lugares por razones de persecución, dado que su concesión requiere la constatación de una persecución individual. Para ello, y dado su carácter genérico, no sirven necesariamente los informes de las diversas organizaciones involucradas en el proceso de la recopilación de datos y la presentación de análisis sobre la evolución de la situación en los países que producen flujos de refugiados. Sin embargo, los datos que proporcionan sí deberían en principio considerarse idóneos para valorar la posible aplicación del art. 17.2 de la Ley 5/1984 de Asilo (razones humanitarias), que en este caso tampoco se consideró precedente.

Jessica ALMQVIST
Universidad Autónoma de Madrid

3.10. Saharauis residentes en campamentos de refugiados en Argelia: concesión de nacionalidad y aplicación nacional de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954

ESTATUTO DE APÁTRIDA.—Nacionalidad.—Tratado de Schengen.

Preceptos aplicados: art. 4.2 del Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), de 10 de diciembre de 2012. Ponente: Ana Isabel Gómez García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230082012100631.

CUARTO: Sobre la situación de los saharauis residentes en campamentos de refugiados en Argelia, como es el supuesto que ahora nos ocupa, se ha pronunciado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre las que cabe citar la STS de fecha 19/12/08, en la que se recoge la doctrina expuesta en las SSTS de 20/11/07 y 18/7/08, todas ellas en supuestos en los que la Administración basó la denegación del estatuto de apátrida, en dos razones: que el solicitante ya recibía protección de un organismo de las Naciones Unidas y que Argelia concede pasaportes a los saharauis. Razones que han sido consideradas insuficientes en dichas sentencias.

Se dice en las referidas sentencias: «[...] Argelia nunca ha efectuado manifestación alguna —expresa ni tácita— tendente al reconocimiento u otorgamiento de la nacionalidad argelina a los saharauis que, como refugiados, residen en los campamentos de Tinduff.

Lo acontecido con la recurrente —y con otros saharauis en condiciones similares— es que Argelia, por razones humanitarias, documenta a los saharauis refugiados en su territorio —en concreto, en el desierto cercano a Tinduff— con la finalidad de poder salir por vía aérea a países que —como España— no tienen reconocido como país a la Repú-

blica Árabe Saharaui Democrática; documentación consistente en la emisión de pasaporte al que el Consulado Español en Argel acompaña el correspondiente visado. Mas, con tal actuación, en modo alguno se está procediendo al reconocimiento de la nacionalidad argelina por los saharauis, la cual, por otra parte, como ocurre con el Reino de Marruecos, tampoco es solicitada o deseada por los mismos. No se trata, pues, del otorgamiento del vínculo de la nacionalidad, sino de una mera actuación de documentación de un indocumentado con la expresada finalidad humanitaria de poder desplazarse para —como en este caso aconteció— poder recibir atención médica. [...] Resulta conveniente distinguir dos situaciones diferentes: la una es la que —como en el supuesto de autos acontece— consiste en proceder a documentar a quien por diversos motivos carece de documentación que le impide su simple desplazamiento e identificación; y otra, diferente, la concesión de la nacionalidad de un país. La primera cuenta con un carácter formal, no exige la solicitud y voluntariedad del destinatario y no implica una relación de dependencia con el Estado documentante; la segunda, el otorgamiento de la nacionalidad, por el contrario, exige el cumplimiento de una serie de requisitos previstos por la legislación interna del país que la otorga, e implica su previa solicitud y su posterior y voluntaria aceptación —que se plasma en la aceptación o el juramento del texto constitucional del país—, surgiendo con el nuevo país un vínculo jurídico de derechos y obligaciones que la nacionalidad implica y representa. La nacionalidad no originaría implica, pues, la aceptación —por supuesto, voluntaria— de un nuevo status jurídico si se cumplen las condiciones legales previstas internamente por cada país, mas, en modo alguno, la nacionalidad puede venir determinada por la imposición, por parte de un país, con el que se mantienen determinados vínculos —por variados motivos— en relación con quien no desea dicha nacionalidad, por no concurrir un sustrato fáctico entre ambos que permita la imposición de la relación jurídica configuradora de la citada relación.

La nacionalidad, pues, es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado y del individuo; mas todo ello, como venimos señalando, en el marco de una relación de voluntariedad y mutua aceptación. [...]

QUINTO: Por lo que respecta al momento temporal en que se presentó la solicitud de reconocimiento del estatuto de apátrida, que constituye uno de los motivos expuestos en la resolución denegatoria, en la que se razona que «habiendo formulado su solicitud cuando llevaba más de un mes en situación de ilegalidad en España, donde llegó el 22 de junio de 2007 con un visado Schengen expedido para 90 días, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en art. 4.2 del Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, dicha solicitud ha de presumirse manifiestamente infundada» [...]. Sin embargo, la persistencia y virtualidad de esa presunción reglamentaria ha de ponerse en relación con los elementos probatorios existentes, pues se trata de una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario [...].

Esta sentencia se inserta en el corpus jurisprudencial que han desarrollado la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en relación con las solicitudes para el reconocimiento del Estatuto de Apátrida a personas de origen saharauí, compartiendo los mismos elementos presentes en las decisiones dictadas en los últimos años por estos tribunales. En concreto, la presente sentencia versa sobre tres aspectos que ya han sido tratados previamente por la jurisprudencia de los dos órganos judiciales citados: los requisitos de la prueba de la apatridia; el fondo de la cuestión, esto es, si los saharauíes residentes en Tinduf son efectivamente apátridas y la naturaleza de la presunción según la cual la solicitud del Estatuto de Apátrida realizada fuera de plazo o en situación de ilegalidad es manifiestamente infundada. Se encuadra, por

tanto, en la consolidación de una práctica jurisprudencial que ha aplicado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional siguiendo la orientación jurisprudencial delineada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que encuentra su expresión más acabada, en sus líneas maestras, en la Sentencia del Tribunal Supremo 8948/2007, de 20 de noviembre de 2007 (parcialmente reproducida en *REDI*, vol. LX, 2008, núm. 2, pp. 548-552). Esta sentencia supuso un cambio respecto de la jurisprudencia anterior, tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional (la tendencia anterior, de carácter denegatorio de las solicitudes, puede verse en sentencias como la SAN 3735/2007, de 5 de julio de 2007, o la SAN 4219/2007, de 17 de octubre de 2007, por poner dos ejemplos).

Como ya señaló Carmen López-Jurado (*REDI*, vol. LXII, 2010, núm. 2, pp. 226-230), la STS de 20 de noviembre de 2007, por un lado cierra la puerta a que los saharauis adquieran la nacionalidad española *prima facie* dadas sus especialísimas circunstancias histórico-políticas y por otra parte les reconoce el derecho de acceder al Estatuto de Apátrida. Para llegar a esta conclusión, el Alto Tribunal va enumerando uno a uno los motivos por los cuales la recurrente no tiene derecho a la nacionalidad española, marroquí o argelina, además de estudiar el papel de la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO) en la protección de los saharauis, ya que si gozara de la protección de este organismo de las Naciones Unidas no podría ser considerada como apátrida, en el sentido de la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas.

La sentencia es enormemente interesante y en ella el Tribunal parece ser consciente de la importancia de la orientación jurisprudencial que está adoptando al otorgar el derecho de una persona de origen saharauí a que se le conceda el Estatuto de Apátrida. Además de la exposición histórica y legal que hace el Tribunal a la hora de valorar la realidad fáctica por la cual las personas de origen saharauí tienen la condición de apátridas en nuestro ordenamiento jurídico, hay consideraciones de orden sustantivo realizadas por el Tribunal ciertamente relevantes. En efecto, de la argumentación del Tribunal se desprende una idea contractualista de la nacionalidad, que se basa en la aplicación del derecho a la libre determinación de los pueblos respecto de la concreta situación saharauí y para la cual menciona explícitamente la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia señalando que:

«[...] la Corte no comprobó que existieran vínculos jurídicos capaces de modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en lo que se refiere a la descolonización del Sáhara Occidental y, en particular, a la aplicación del principio de la libre determinación mediante la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio» y añadiendo que «[...] no resulta de recibo el negar la condición de apátrida con fundamento en que resulta posible optar por la nacionalidad marroquí, pues se trata de la nacionalidad del país que ocupó el territorio antes ocupado por los saharauis, que de una forma tácita, pero evidente, rechazaron tal opción al abandonar el territorio y pasar como refugiados al vecino país de Argelia» (STS 8948/2007, FJ 8.º).

Por otro lado el Tribunal enuncia explícitamente el principio del respeto a la voluntad del individuo a la hora de adquirir una nacionalidad no originaria (que podría ser en el supuesto de autos la nacionalidad argelina, marroquí o incluso española) en un pasaje que se reproduce literalmente en la Sentencia de la Audiencia Nacional objeto del presente comentario en su FJ 4.º. Esta idea, que entiende la nacionalidad otorgándole un carácter netamente contractualista, nos parece ciertamente innovadora y, aunque el Tribunal tiene en mente únicamente la nacionalidad sobrevenida, este reconocimiento de la voluntad del individuo respecto al otorgamiento de la nacionalidad hace que su definición de nacionalidad sea, *a priori*, enormemente abierta

y se vincule estrechamente con el derecho a cambiar de nacionalidad, recogido en el art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La STS de 20 de noviembre de 2007 supone un claro avance en la materia, ya que hace un análisis exhaustivo de la situación concreta del Sáhara Occidental y de la situación de sus antiguos habitantes, teniendo, a nuestro juicio, muy en cuenta la regulación de los derechos humanos a nivel internacional, al vincular el derecho a la libre determinación de los pueblos con la adquisición de una nacionalidad, si bien acotándolo acertadamente al caso saharauí y enfatizando la idea de que una nacionalidad no se le puede *imponer* a un individuo sin su consentimiento. Estas dos ideas fuerza nos parecen fundamentales a la hora de configurar un derecho a la nacionalidad en nuestro ordenamiento acorde con las tendencias normativas internacionales en la materia y de mejorar la condición jurídica de los apátridas en nuestro país desde el punto de vista jurisdiccional.

Como contrapunto, creemos que si bien el criterio del Tribunal Supremo nos parece enormemente acertado y positivo a la hora de tratar la situación de los saharauis residentes en Argelia, habría que matizar que una visión tan contractualista de la nacionalidad como la expuesta en la STS 8948/2007 sólo puede predicarse stricto sensu de la nacionalidad no originaria o del caso de personas a las que, en virtud del juego del derecho de libre determinación de los pueblos, no procedería la atribución contra la voluntad del individuo de la nacionalidad de un Estado que no respeta dicho derecho de libre determinación, como es el presente supuesto. Hay que tener en cuenta que la apatridia no es una situación que pueda equipararse a la nacionalidad. Es un mal jurídico y la concesión del Estatuto de Apátrida es tan sólo un remedio parcial para la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran aquellas personas que carecen de nacionalidad. Por tanto, la mejor solución posible para una persona que carece de nacionalidad es que se le atribuya una. En el caso saharauí, éstos poseen la nacionalidad de la RASD, a la cual España no reconoce y que por tanto no es efectiva en nuestro territorio. Por ello, ante esta situación, el ordenamiento jurídico español les reconoce la condición de apátridas en nuestro país con el fin de gozar de unos estándares mínimos de vida. Sin embargo, si lleváramos al extremo la visión contractualista de que *en todo caso* la nacionalidad es un vínculo *voluntario y recíproco* entre individuo y Estado, estaríamos socavando la institución misma de la nacionalidad.

Además de la importancia de su contenido, la STS 8948/2007 es asimismo relevante porque, como se ha mencionado, ha sentado jurisprudencia y tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional la han aplicado y la han consolidado desde entonces en numerosas sentencias, en el caso concreto de los saharauis (tan sólo ha habido un voto particular de un magistrado discrepando de la interpretación original de la STS 8948/2007 en lo referente a la protección otorgada por la MINURSO a los saharauis, recogido en la SAN 5864/2009, de 16 de diciembre de 2009. Voto particular que no ha tenido continuidad puesto que el propio magistrado ha sido ponente en sentencias posteriores que seguían el criterio del Tribunal Supremo).

La STS 8948/2007 ha sido completada por varias del Alto Tribunal en el mismo sentido y que han interpretado en favor de los solicitantes del Estatuto de Apátrida determinados preceptos del RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida (RREA), tales como el art. 4 del mismo, que señala, por un lado, que la solicitud ha de presentarse en el plazo de un mes desde la entrada en el territorio nacional o antes de que expire el plazo de su periodo de estancia legal y, por otro lado, que «cuando el interesado haya permanecido

en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado su petición de reconocimiento del estatuto de apátrida teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá manifiestamente infundada». Ante esta postura restrictiva por parte del RREA, tanto la Audiencia Nacional (por ejemplo, en la SAN 5128/2009, de 18 de diciembre de 2009) como el Tribunal Supremo [entre otras, la STS 3754/2012, de 29 de mayo de 2012, que confirmó el criterio de la Sentencia de la Audiencia Nacional recién mencionada y la STS 6589/2011, de 14 de octubre de 2011, ya comentada en esta *Revista* por Carmen López-Jurado (*REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 1, pp. 143-145)], adoptan la posición de considerar a dicha presunción como una presunción *iuris tantum*, «a la que resulta aplicable [...] la doctrina jurisprudencial relativa al art. 7.2 del reglamento de aplicación de la Ley de Asilo donde se establece que “cuando se trate de un solicitante que haya permanecido en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado una solicitud de asilo teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud [...] se examinará por el procedimiento ordinario de inadmisión a trámite”. Sobre esta previsión del reglamento de asilo, hemos indicado reiteradamente que la presunción no entra en juego cuando lo que ya obra en el expediente administrativo hace que el temor de persecución deba tenerse por fundado, pues en este caso la presunción ya ha de tenerse por desvirtuada; y el mismo criterio resulta extensible, con las lógicas adaptaciones, a la presunción del art. 4.2 del reglamento, de manera que esta presunción que a través del mismo se establece puede entenderse desvirtuada si a tenor de los datos concurrentes en el caso examinado se concluye que en el solicitante concurren todos los requisitos y condiciones necesarios para el reconocimiento y concesión del estatuto de apátrida; que es justamente lo que ocurre en el presente caso» (STS 6589/2011, FJ 4.º).

Esta argumentación es sobre la que se basa el FJ 5.º de la presente sentencia para desvirtuar la presunción de que la solicitud era manifiestamente infundada dado que de los elementos probatorios existentes se desprende que el solicitante es efectivamente apátrida. Tal interpretación favorable al solicitante ha sido ya señalada por Carmen López-Jurado (*REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 1, pp. 143-145), y es una muestra más de la, a nuestro juicio, flexible y progresista postura del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en el caso concreto de los solicitantes de origen saharauí del Estatuto de Apátrida (que son, por otra parte, la inmensa mayoría).

Se ha considerado por la mencionada autora que esta línea jurisprudencial puede tener un «efecto llamada» sobre este colectivo, puesto que dándose una serie de requisitos probatorios mínimos acerca de la situación de apatridia, se les otorga dicho Estatuto. Al respecto, cabe observar que si bien es cierto que ha habido un incremento sustancial de sentencias favorables en estos supuestos y con las mismas argumentaciones (más de veinte sentencias en la Audiencia Nacional en 2012 frente a diez en 2011, nueve en 2010 y no más de tres por año en los años precedentes), la situación en nuestro ordenamiento jurídico de los apátridas ha sido bastante precaria y marginal y creemos que toda mejora en este aspecto ha de ser bienvenida, más allá de que, aun doblándose el número de sentencias en la instancia de la Audiencia Nacional, su número no llega, al menos por el momento, a veinticinco al año.

Asimismo, en el mismo espíritu flexible, la labor interpretativa del Tribunal Supremo se ha ocupado del carácter imperativo que tiene para los poderes públicos el reconocimiento del Estatuto de Apátrida a quienes manifiesten carecer de nacionalidad (y haya algún dato que así lo indique) así como de los requisitos de la carga de la prueba de la apatridia por parte del solicitante. En este sentido, la propia sentencia comentada, en su FJ 3.º, hace referencia a dicha jurisprudencia (STS 6925/2008, de 22 de diciembre de 2008), que señala que ha de existir algún dato que indique la ocurrencia

de la situación de apatridia pero que esta actividad probatoria por parte del solicitante «no ha de ser una cumplida acreditación» de la misma. Esta afirmación nos parece de gran importancia porque, en muchos casos, la prueba exhaustiva de que ningún Estado le reconoce como nacional suyo es muy difícil de llevar a cabo debido, entre otras causas, a que podría haber un Estado que quisiera documentar a esta persona contra su voluntad, como podría ser, en este caso, Marruecos.

En conclusión, la consolidación de la orientación jurisprudencial —de la que la sentencia comentada es un claro ejemplo— que otorga a los saharauis que pueden probar que no son nacionales de ningún Estado el Estatuto de Apátrida, ha de ser vista, en nuestra opinión, como un paso adelante en la protección de los apátridas y un abandono de la posición completamente marginal y residual de la apatridia en nuestro ordenamiento, situación que puede conllevar una mejor visibilización de los apátridas y una mayor sensibilización de los poderes públicos respecto a este colectivo.

Borja Manuel HERÍAS FERNÁNDEZ
Universidad de Oviedo

3.11. Inmunidad de ejecución de cuentas bancarias de legaciones extranjeras

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN.—Tutela judicial efectiva.—Destino no inequívoco de las cuentas corrientes a *actos iuri gestionis*.

Preceptos aplicados: arts. 21 LOPJ y 22.3 del Convenio de Viena de 1961.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 25 de junio de 2012. Ponente: Jesús Souto Prieto.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079140012012100689.

El Tribunal Supremo ha tenido nuevamente que pronunciarse en relación con la inmunidad de ejecución en un caso relativo al embargo de bienes de la Embajada de Chile en España por el incumplimiento de una sentencia condenatoria que le exigía el pago de una indemnización por el despido improcedente de uno de sus trabajadores. Esta sentencia (ROJ: STS 6223/2012 Sala de lo Social, de 25 junio) si bien no aporta nada realmente novedoso desde el punto de vista de la aplicación del ordenamiento internacional merece ser comentada por tratarse de un asunto clásico de la aplicación del Derecho internacional público por los órganos jurisdiccionales españoles.

La doctrina de la inmunidad del Estado ha experimentado desde los años ochenta una importante evolución desde su concepción absoluta hasta una interpretación relativa, más acorde al contexto internacional actual. Salvo algunos países africanos, la Comunidad Internacional admite la posibilidad de que un Estado extranjero pueda ser demandado ante la jurisdicción del Estado receptor por aquellas actividades no estrictamente ligadas a su condición de sujeto internacional; sin embargo, los Estados se han mostrado menos proclives a limitar la inmunidad de ejecución. La inmunidad de ejecución constituye hoy el último bastión de la soberanía estatal (véase SORIA JIMÉNEZ, A., *La Excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 1995).

Desde la perspectiva de los ordenamientos internos, la inmunidad de ejecución cuestiona el sentido del proceso jurisdiccional pues se desarrolla a sabiendas de las dificultades, si no la imposibilidad, de hacer eficaz el sentido del fallo a falta de cumplimiento voluntario. No obstante, el principio *par in parem non habet imperium* es una garantía para el ejercicio de las funciones de representación y las buenas relaciones entre Estados. En España, el Tribunal Constitucional viene considerando desde principios de los años noventa [ROJ: 107/1992 Sala Segunda, de 1 de julio, donde se refirió al Proyecto de artículos de la CDI sobre inmunidades de los Estados (1986) y al Convenio europeo sobre inmunidad de los Estados y su Protocolo adicional, hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972] que el derecho a la tutela judicial efectiva no impide la aplicación del principio de inmunidad pero, dado el carácter sincrético del art. 21 LOPJ y a falta de una Ley especial, éste debe limitarse a los supuestos regulados por el Derecho internacional (véase CHUECA SANCHO, A. G. y Díez-Hochleitner Rodríguez, J., «La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española», *REDI*, vol. 40, 1988, núm. 2, pp. 7-54). Por tanto, su compatibilidad con la tutela judicial efectiva depende de:

- «(que) los límites impuestos por la inmunidad resulten razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador» (F2);
- «que se produzca en base a una resolución motivada y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista por el ordenamiento» (F2) y
- «que la denegación de la ejecución no pueda ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental» (FJ 19).

En el caso que atiende este comentario, el demandante fue despedido de la Embajada chilena en Madrid. El empleado recurrió su despido en segunda instancia, quedando acreditada la improcedencia del mismo y determinándose que la Embajada bien podía optar por el pago de la indemnización o por reincorporar al empleado despedido. La embajada manifestó su deseo de no reincorporar a su empleado y, sin embargo, tampoco afrontó el pago de la cuantía. Tras ser consultado en relación con un posible embargo, el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial sostuvo:

«la inembargabilidad de los bienes que efectiva o presumiblemente estén destinados al desenvolvimiento de la actividad de las misiones diplomáticas o consulares. En cuanto a los restantes bienes, si existen, la inmunidad de ejecución garantizada por el ordenamiento internacional y, por remisión, por el art. 21.2 LOPJ sólo alcanza a aquellos que estén destinados a la realización de actividades “iure imperii”, pero no a aquellos destinados a la realización de actividades “iure gestionis”. Ello hace que sea posible el dirigir la actividad de ejecución forzosa frente a aquellos bienes que estén inequívocamente destinados por el estado extranjero al desenvolvimiento de actividades industriales y comerciales en las que no esté empeñada su potestad soberana por actuar conforme a las reglas del tráfico jurídico-privado».

Este carácter inequívoco es fácilmente predicable de los bienes inmuebles; sin embargo, más complejo de las cuentas corrientes donde es difícil distinguir cuando se destinan a gastos corrientes derivados de la representación diplomática y cuando a otros conexos a la promoción económica o cultural. No obstante, las cuentas corrientes de las embajadas se han beneficiado sistemáticamente de este privilegio por parte de los jueces de muchos estados con independencia de que su uso exclusivo haya quedado poco evidenciado. La AJI del MAEC (informe 5878) y el Consejo de Estado (informe 55786) consideran que las cuentas gozan de inmunidad absoluta en la medi-

da en que se destinen a actividades *iure imperii*. De hecho, el Tribunal Constitucional (ATC 112/2002, de 1 de julio) y el Tribunal Supremo (STS 6059/2009 Sala de lo Social, de 22 de junio) han determinado la embargabilidad de las cantidades correspondientes a la devolución del IVA al entender que las mismas provenían tanto de actividades públicas como de actividades privadas, no quedando éstas últimas bajo el paraguas de la inmunidad.

Tras identificarse a través del sistema informático del juzgado diversas cuentas corrientes en una entidad financiera española a nombre de la Embajada chilena y requerida en diversas ocasiones para que indicara si tales cuentas estaban inequívocamente destinadas a afrontar gastos relacionados con la actividad diplomática de la legación con respuesta negativa, el juzgado resolvió el embargo de las cuentas (ROJ: STSJM: 1670/2011, Sala de lo Social, de 8 de junio).

Interpuesto por la Embajada un recurso de casación para la unificación de doctrina por infracción del art. 21.2 de la LOPJ por la discrepancia entre la sentencia dictada y otra anterior recaída en el mismo órgano judicial pero en sentido contrario (ROJ: STSJM 540/2006 Sala de lo Social, de 16 de mayo). El Tribunal Supremo resolvió la inembargabilidad de las cuentas en aplicación del art. 22.3 del Convenio de Viena de 1961.

Considera el Tribunal que no puede concluirse que «las cuentas embargadas estén inequívocamente destinadas al desenvolvimiento de actividades económicas ajenas a su potestad soberana, aunque eventualmente, [...] fuesen también utilizadas para fines comerciales».

La suficiencia en la fundamentación del fallo conforme a la precedente doctrina constitucional (se mencionan además de la confrontada, la SSTC 107/1992, 18/1997 y 176/2001; SSTS 292/1994, 18/1997 y 176/2001) no me exime de convenir con Asier Garrido [GARRIDO, A., «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España», *REEI* (julio-diciembre 2012), p. 30] la pertinencia de invocar también la reciente ratificación por España (21 de septiembre de 2011) de la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2005, en particular de su art. 21.1.a), si bien resulta aún lejana su entrada en vigor dado el lánguido ritmo de ratificaciones.

Lamentablemente, con la anulación de la providencia de embargo, la Sala de lo Social no da una solución a los derechos del trabajador reconocidos judicialmente. Como ya hiciesen sentencias precedentes (STC 107/1992, STC 18/1997, 176/2001, etc.) y sin perjuicio de la actividad indagatoria del juez, la resolución menciona al justiciado la posibilidad de recabar la colaboración de los poderes públicos de España (entiéndase para solicitar protección diplomática o asistencia diplomática o consular ante Chile) o procediendo a través de un exequátur que reconozca la sentencia dictada en la jurisdicción chilena (lo cual es tan improbable como prolongado).

Cabe preguntarse si, tras tan amplia y reiterada jurisprudencia, es consciente el Tribunal de las dificultades que conllevan la puesta en marcha de cualquiera de estas alternativas para el justiciado. Al fin y al cabo, el Estado goza de discrecionalidad para activar la protección diplomática que, además, exige del agotamiento previo por el particular de los recursos internos ante Chile.

El Tribunal podía haberse referido también a la posibilidad —que no obligación— de asunción por parte del Gobierno español de satisfacer la cuantía judicialmente declarada a través del reconocimiento de una responsabilidad extracontractual del

Estado, al suponer la inejecución de la misma un sacrificio especial para el justiciable — posibilidad admisible en consideración a la jurisdicción donde recae sentencia (social) y a la cuantía reclamada—. Todo ello, sin perjuicio de que la cuestión concluya en una posible responsabilidad del Estado en caso de que pudiera demostrarse en el futuro que el aparato público ha cesado en sus esfuerzos por obtener por diferentes vías satisfacción para el justiciado.

Alberto D. ARRUFAT CÁRDAVA
Universidad Católica de Valencia