

DECISIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

José Roberto PÉREZ SALOM
María José CERVELL HORTAL

I. TRATADOS INTERNACIONALES

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 26 de abril de 2004 (RJ 2004/2652)

Cuestión de ilegalidad nº 2/1999

Ponente: Sr. D. Manuel Goded Miranda

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia estimó, en virtud de sentencia de 13 de mayo de 1999, el recurso de un docente encargado de impartir la asignatura de Religión Católica en Centros públicos, condenando a la Administración a adoptar los acuerdos apropiados para considerar al recurrente como funcionario interino por los períodos de servicios acreditados, con los efectos que de dicha consideración se derivaran en materia de retribuciones y de Seguridad Social. La Sala entendió que el recurrente realizaba una función que encajaba perfectamente en la relación definida en el artículo 5.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE)¹ y que no le había sido reconocida.

* La sección ha sido preparada por José Roberto Pérez Salom, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia, y María José Cervell Hortal, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público de la Universidad de Murcia. La selección se ha referido exclusivamente a las decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de septiembre de 2003 hasta el 1 de septiembre de 2004 y se han incluido sólo las sentencias más relevantes.

1. Ley aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (RCL 1964, 348). El precepto indica:

En el fallo la Sala sostenía que las disposiciones del tratado internacional firmado por España y la Santa Sede que venían siendo aplicadas al recurrente, las cláusulas 1ª y 4ª del Convenio de 20 de mayo de 1993 sobre el régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de educación primaria, eran contrarias al artículo 5.2 de la Ley y que este precepto debía prevalecer sobre dicho Convenio. La Sala expuso que sólo los tratados internacionales que hayan sido aprobados por las Cortes Generales se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico con rango de Ley. Habida cuenta de que el Convenio fue firmado, en representación del Reino de España, por los Ministros de Educación y Ciencia y de Justicia y, del lado de la Santa Sede, por el Presidente de la Conferencia Episcopal Española y de que fue publicado en el BOE en virtud de una orden ministerial de 9 de septiembre de 1993 la Sala consideró que el Convenio se había insertado en nuestro ordenamiento con rango formal de norma reglamentaria. La incompatibilidad de las cláusulas 1ª y 4ª del Convenio con el artículo 5.2 de la LFCE determinaría la aplicación de los artículos 27 y 123 de la Ley de la Jurisdicción 29/1988 (RCL 1988, 1741) y del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiendo quedar dichas cláusulas, con rango reglamentario, sin aplicación.

Por auto de 22 de mayo de 1999, corregido por otro de 3 de septiembre del mismo año, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia planteó una cuestión de ilegalidad en relación con las cláusulas 1ª y 4ª del Convenio de 20 de mayo de 1993. La Sala de lo

2. Son funcionarios interinos los que, por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia.

Los funcionarios interinos serán cesados:

- a) Cuando la plaza ocupada interinamente se provea por funcionario de carrera por alguno de los sistemas de provisión previstos reglamentariamente.
- b) Cuando se extinga el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido.
- c) Cuando por causas sobrevenidas la plaza sea amortizada.
- d) Cuando la Administración considere que ya no existen las razones de necesidad o urgencia que motivaron la cobertura interina.

Las plazas ocupadas por funcionarios interinos nombrados por razones de necesidad y urgencia deberán incluirse en la oferta de empleo público inmediatamente posterior a la permanencia de un año del interino en su puesto, sin perjuicio de lo contemplado en el apartado c) del párrafo anterior, para ser objeto de provisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley, a excepción de las plazas ocupadas por interinos para sustituir a funcionarios con derecho a reserva de puestos de trabajo. (Apartado modificado por Ley 24/2001).

Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en virtud de la sentencia que nos ocupa, desestimó la cuestión de ilegalidad, sin afectar, no obstante, la situación jurídica concreta derivada de la sentencia de 13 de mayo de 1999 en beneficio del recurrente.

La Sala del Tribunal Supremo entendió que las cláusulas 1ª y 4ª del Convenio no pueden ser consideradas como preceptos de rango reglamentario susceptibles de ser declarados nulos de pleno derecho por ser contrarios a un precepto con rango de ley. El Convenio no consagra únicamente la voluntad del Reino de España, sino que recoge también la voluntad de la Santa Sede, debidamente representada por el Presidente de la Conferencia Episcopal Española. El Tribunal afirma que la Santa Sede, ente supremo de la Iglesia Católica, es un sujeto de Derecho Internacional. Recuerda asimismo que tras la desaparición de los Estados Pontificios en 1870 la Sede Apostólica, privada de un territorio propio, continuó actuando como un sujeto de Derecho Internacional. En la actualidad, la Santa Sede tiene su base territorial indiscutible en el Estado de la Ciudad del Vaticano, creado *ex novo* en 1929, con el que constituye, en opinión del Tribunal, una unión personal.

El Tribunal afirma que el Convenio que es objeto de litigio es indudablemente un tratado internacional. El artículo 96 de la Constitución Española establece que las disposiciones de los tratados internacionales sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. En ese sentido, el artículo 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (BOE de 13 de junio de 1980) indica que la validez de un tratado o el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnado sino mediante la aplicación del Convenio. De acuerdo con el artículo 96 de la Constitución, estas normas son aplicables a todos los tratados internacionales válidamente celebrados por el Reino de España una vez publicados oficialmente en nuestro Estado, sin distinguir entre tratados que requieren la autorización de las Cortes Generales y los tratados que no la requieren. Por tanto, las cláusulas del Convenio de 20 de mayo de 1993 no pueden ser declaradas nulas por contradecir un precepto con rango de Ley aplicando la cuestión de ilegalidad, es decir, un procedimiento exclusivamente de derecho interno.

La Sala reconoce que si decretara la nulidad de dichas cláusulas estaría dejando sin efecto la voluntad de la Santa Sede, un sujeto de Derecho Internacional, y anulando un tratado internacional —que recoge las voluntades coincidentes del Reino de España y de la Santa Sede. Dicha anulación, por deci-



sión unilateral del Reino de España, sería contraria a las normas generales de Derecho Internacional, que deben ser respetadas en este ámbito, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución y del artículo 42.1 del Convenio de Viena de 1969.

En definitiva, las cláusulas del Convenio internacional suscrito por el Reino de España y la Santa Sede no pueden ser declaradas nulas como consecuencia de una cuestión de ilegalidad.

II. JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN MATERIA DE GENOCIDIO, TERRORISMO Y TORTURAS

1. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 319/2004

(Sala de lo Penal), de 8 de marzo (RJ 2004/2670)

Recurso de casación nº 1812/2002

Ponente: Sr. D. Luis Román Puerta

El Juzgado Central de Instrucción nº 5 admitió a trámite el 9 de mayo de 2001 la querrela formulada, entre otros por Izquierda Unida, contra el general chileno Herman Julio Brady Roche, ex Ministro de Defensa de Chile, por los presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas, realizados en Chile, al menos, contra dos sacerdotes españoles y un diplomático español, D. Carmelo Soria, de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina en 1976, y acordó librar orden internacional de detención a efectos de extradición, especialmente para Alemania, donde al parecer estaría residiendo temporalmente el imputado con identidad falsa.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de fecha 30 de mayo de 2001, contra el que, a su vez, interpuso el Ministerio Fiscal recurso de queja ante la Audiencia Nacional. La Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional estimó este recurso de queja ante la inexistencia de jurisdicción española para conocer de los hechos objeto de la querrela, dejando sin efecto los autos recurridos y la orden de detención internacional. Los querellantes prepararon contra la resolución de la Sección varios recursos de casación por infracción de ley, en particular por infracción del artículo 1.6 del Código Civil, del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 10.2 de la Constitución Española.

El Tribunal Supremo, en la sentencia en la que se pronunció sobre dichos recursos, declaró que los tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos objeto de la querrela criminal interpuesta contra el general chileno, estimando el recurso de casación por infracción del artículo 23.4 de la LOPJ. Este precepto incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el principio de la jurisdicción universal, para la persecución de ciertos delitos, a saber, genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjero, los relativos a la prostitución, al tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes “y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”².

El Tribunal sentó los criterios para la interpretación del art. 23.4 de la LOPJ en su sentencia de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2147), dictada en el denominado “caso Guatemala”³. Estos criterios son reiterados de forma resumida por el Tribunal en la sentencia que nos ocupa, por lo que nos limitaremos a reproducirlos literalmente:

1ª) 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” (FJ 9º).

2ª) 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

2. El precepto dice: “4. (...) será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Dicha jurisdicción se ejerce siempre y cuando el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena”.

3. El comentario a dicha sentencia está disponible en el *Anuario de Derecho Internacional* de 2003 en las páginas 467-471.

de actos de genocidio”, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda (FJ 9º).

3ª) 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 (FJ 9º). Y,

4ª) 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 acogido solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado” (FJ 9º).

En esta misma línea, se destaca también en dicha sentencia que, según se establece en el art. 23.4, g) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando “según los tratados o convenios internacionales, deba(n) ser perseguido(s) en España” (FJ 10º). Y, a este respecto, se hace expresa mención del artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el que se dispone que lo acordado en ellos “no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado” (FJ 10º).

Como corroboración de estos principios, la sentencia del Pleno de esta Sala hace una particular referencia —sin propósito exhaustivo— a lo dispuesto al efecto por los siguientes tratados y convenios: a) La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de 14 de diciembre de 1973 (BOE de 7 de febrero de 1986); b) el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970 (BOE, de 15 de enero de 1973); c) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de septiembre de 1971 (BOE de 10 de enero de 1974); d) La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (BOE de 9 de noviembre de 1987); e) la Convención contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979 (BOE de 7 de julio de 1984); f) el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977 (BOE de 28 de octubre de 1980); g) el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (BOE de 23 de mayo de 2002); y, h) la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias

psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (BOE de 10 de noviembre de 1990) (FJ 10º).

A la vista de todo ello, la sentencia subraya que “aunque los criterios de atribución utilizados (en los tratados y convenios internacionales citados) presentan ciertas variaciones en función de las características y naturaleza del delito, en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal” (FJ 10º).

“Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva —se afirma en dicha sentencia—, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción” (FJ 10º).

Finalmente, como complemento de los anteriores principios, la sentencia citada reconoce que “una parte de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención” (FJ 10º). En este contexto, el Pleno de este Tribunal estimó, en la referida resolución, que “en los casos de los sacerdotes españoles, así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables” (FJ 11º).

Cabe destacar que, en contra de la posición del Tribunal Supremo recogida en la sentencia del caso Guatemala, la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional estimó el recurso de queja y declaró la inexistencia de jurisdicción española para conocer de la querrela que se interpuso contra el General Brady, sobre la base de los fundamentos del auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002, dictado en el caso Otegi⁴. Pues bien, el Tribu-

4. En el denominado “caso Otegi” el diputado del Parlamento Vasco, Arnaldo Otegi, fue denunciado por gritar en San Juan de Luz (Francia): “Gora Euskadi ta Atkasatuna”, cuya traducción al castellano sería: “Viva Euskadi libre”, pero que también puede ser entendido como un viva a la banda terrorista ETA, cuyo nombre completo es *Euskadi ta Atkasatuna*. En el auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002 se negó la competencia de los tribunales españoles para juzgar dicho acto por entender que no constituía un delito de terrorismo, tal y como está configurado en los convenios internacionales, que constituyen el marco necesario a la hora de definir el ámbito propio de la jurisdicción española para conocer de este tipo de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sin perjuicio de la calificación que el Derecho in-



nal Supremo clarifica en la sentencia que nos ocupa que dicho auto no es relevante a la hora de determinar la existencia o no de jurisdicción de los tribunales españoles, ya que no examinó específicamente el ámbito de la jurisdicción española para conocer de hechos cometidos en el extranjero, sino concretamente si el hecho imputado al parlamentario autonómico vasco Arnaldo Otegi era constitutivo de un delito de terrorismo en el ámbito internacional, conforme a los correspondientes tratados, con independencia de la calificación que mereciera en el Derecho español.

III. DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA IMPUESTA

1. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO de 16 de febrero de 2004 (RJ 2004\47)
Recurso de revisión nº 1692-1966-P
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 131/2004
(Sala de lo Penal), de 6 de febrero (RJ 2004\1072)
Recurso de casación nº 705/2003
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 3/2004
(Sala de lo Penal), de 15 de enero (RJ 2004\475)
Recurso de casación nº 2199/2002
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 297/2003
(Sala de lo Penal), de 8 septiembre (RJ 2004\2103)
Recurso de casación nº 239/2002
Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1036/2003
(Sala de lo Penal), de 2 de septiembre (RJ 2004\459)

terno pueda dar a este tipo de conducta, en este caso, una apología genérica del terrorismo constitutiva de un delito de opinión.



Recurso de casación nº 343/2001

Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

El Tribunal Supremo se enfrenta, con mayor o menor detenimiento, en las cinco sentencias citadas a una de las cuestiones más repetidas y problemáticas resultantes de la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución Española y que, como es sabido⁵, tiene su origen en el dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20 de julio de 2000⁶, que condenó a España por violación del artículo 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, al no permitir el sistema de casación español la revisión íntegra del fallo y de la pena impuesta.

Nada nuevo añade el Alto Tribunal a la jurisprudencia que, desde el mencionado dictamen, mantiene. De hecho, el argumento es el mismo en todas las decisiones: el artículo 14.5 del Pacto “no se refiere textualmente a una segunda instancia, sino exactamente al derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior” (*vid.*, por ejemplo, la Sentencia 1036/2003, Fundamento de Derecho 3º). La cuarta de las resoluciones recogidas en este apartado, la Sentencia 297/2003, de 8 de septiembre, recuerda que el Dictamen del Comité de Derechos Humanos “resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto (...) siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos...” (Fundamento de Derecho 1º del recurso interpuesto por Benedicto). Con todo, la jurisprudencia, en aras de una interpretación del recurso de casación más favorable con el justiciable, y consciente de las limitaciones que ofrece el sistema español, se ha mostrado en los últimos años, muy flexible con la posibilidad de valorar nuevamente las pruebas en el recurso de casación (el TS precisa, en la Sentencia 1036/2003 que ese proceso de cambio se inició, incluso, tras la entrada en vigor de la Constitución). Ahora bien, como el Tribunal afirma, y en consonancia con lo establecido en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados parte “conservan la cualidad de decir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir su extensión” (Sentencia 1036/2003, Fundamento de Derecho 3º).

5. Véase al respecto los comentarios a este mismo tema que se incluyeron en el *Anuario de Derecho Internacional* de 2003 en las páginas 471-478.

6. Doc. UN CCPR/C/69/D/701/1996, de 11 de agosto de 2000, párr. 11.1.



De esta manera, la revisión íntegra del fallo no siempre es posible, y ni siquiera resulta lógica en todos y cada uno de los casos, sino que varía según las circunstancias, de manera que aunque ciertas pruebas podrán (y deberán) ser reexaminadas en el recurso de casación otras, por su propia naturaleza, no gozarán de la misma suerte.

El Auto de 16 de febrero de 2004 (la primera de las resoluciones enumeradas), se enfrenta directamente con esta cuestión: el recurrente, tras obtener un dictamen favorable del Comité de Derechos Humanos de fecha 7 de agosto de 2003⁷, por el que se afirmaba la vulneración del artículo 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, vuelve a recurrir al Tribunal Supremo solicitando la nulidad de la sentencia dictada en su día, en un delito de tráfico de estupefacientes, por la Audiencia Nacional y la celebración de un nuevo juicio con la grabación íntegra de imágenes que permitieran evaluar las circunstancias del caso. El Tribunal entiende que la petición es excesiva y que, como afirmábamos, la revisión *íntegra* sólo es posible en determinadas circunstancias (Fundamento de Derecho único, apartado 4). El Auto finaliza, además, con una crítica clara al Comité de Derechos Humanos (apartado 7 del Fundamento único), al poner en evidencia que éste empleó en su dictamen contra España argumentos y afirmaciones que *nunca* se recogieron en la sentencia cuya revisión se le había planteado. Es más, el TS recuerda (apartado 8 del Fundamento único) que, aun así, el sistema español ha dado ya una solución *oficial* al asunto mediante la *reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003 (BOE de 26 de diciembre de 2003)*, por la que se modifica la *Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. La citada ley, cuya exposición de motivos deja bien claro que la creación de una segunda instancia penal “pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos”, será sin duda decisiva en la disminución del número de casos que respecto de este problema se han planteado hasta la fecha de hoy.

6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 128/2004, de 19 de julio de 2004

Recurso de amparo nº 6238-2001

Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel

7. Doc. CCPR/C/78/D/1007/2001, de 19 de septiembre de 2003.

7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 40/2004
(Sala Segunda), de 22 de marzo (RTC 2004\40)
Recursos de amparo nºs 4985/2001 y 5032/2001
Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera

8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL nº 10/2004
(Sala Segunda), de 9 febrero (RTC 2004\10)
Recurso de amparo nº 412/2002
Ponente: D. Tomás S. Vives Antón

No ha sido el Tribunal Supremo la única instancia que ha debido enfrentarse con la cuestión de la revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta, sino que también el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones, en una línea muy similar a la de aquél. En la segunda de las sentencias recogidas (40/2004), es el recurso 4985/2001 el que denuncia la vulneración del artículo 14.5 del Pacto, aunque el propio Tribunal se encarga de recordar (Fundamento Jurídico 5º), que ya modificó su jurisprudencia en 2002 (sentencia 167, de 18 de septiembre), afirmando que, efectivamente, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, debe respetarse la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para valorar nuevamente la prueba en segunda instancia.

El TC vuelve a insistir en la idea de que no siempre será necesario practicar nuevas pruebas en dicha instancia, sino que “dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar” (FJ 5º). En concreto, se hace constar que determinadas pruebas (la documental, por ejemplo) sí pueden ser valoradas en segunda instancia porque por su naturaleza “no precisan inmediación” (FJ 5º *in fine*). En este caso, se consideró que el órgano de apelación debería haber realizado un “examen directo y personal de los acusados y del testigo” (FJ 6º), por exigirlo los principios de publicidad, inmediación y contradicción. Al no hacerlo, se estimó parcialmente el amparo.

En la tercera de las sentencias recogidas (10/2004), el TC vuelve a insistir en la aplicación de la jurisprudencia iniciada en 2002 (FJ 5º y 6º) y procede a estudiar la posibilidad de haber actuado conforme a tal respecto de determinadas pruebas (FJ 7º), lo que le lleva a estimar el recurso de amparo, ya que algunas de las pruebas, en concreto, las declaraciones inculpativas y exculpativas del acusado o las pruebas periciales, cuya valoración resultaba esencial para dictaminar, sí podrían haberse revisado en la segunda instancia.



IV. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA POR LOS JUECES ESPAÑOLES

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 7/2004

(Sala Primera), de 9 de febrero (RTC 2004\7)

Recurso de amparo nº 5316/1997

Ponente: D. Pablo García Manzano

Los recurrentes, condenados por pertenencia y/o colaboración con la banda armada ETA, alegan la nulidad de las declaraciones policiales y judiciales (determinantes para dilucidar su culpabilidad), aduciendo las torturas y los malos tratos infligidos por las fuerzas policiales desde el momento de la detención hasta la puesta a disposición judicial, cuya existencia resultó, de hecho, confirmada por una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 7 de noviembre de 1997.

El TC desarrolla en esta sentencia una reflexión sobre la prohibición de estos delitos (torturas y malos tratos) en determinados convenios internacionales y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), movido (y obligado) por lo establecido en el artículo 10.2 de la *Constitución Española*. En concreto, el Fundamento Jurídico 2º insiste en la obligación del Estado, cuando un detenido es puesto en libertad con claras señas de maltrato, de explicar lo sucedido, bajo riesgo de incumplir el artículo 3 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* de 1950, apoyando esta afirmación con varias sentencias del TEDH (caso Aksoy c. Turquía, 18 de diciembre de 1996; caso Aydın c. Turquía, 25 de septiembre de 1997; caso Sevtap Veznedaroglu c. Turquía, 11 de abril de 2000; caso Dikme c. Turquía, 11 de julio de 2000; caso Büyükdag c. Turquía, 21 de diciembre de 2000; caso Berktaş c. Turquía, 1 de marzo de 2001 y caso Caloc c. Francia, 20 de julio de 2000).

Ahora bien, el TC deniega en este caso el amparo considerando que, aunque efectivamente, la existencia de tales torturas resultó probada, “la actuación policial fue denunciada y se abrieron varias diligencias previas al respecto...”, con lo que, pese haber existido aquéllas, los tribunales hicieron todo lo posible, no sólo por condenar a quienes las ocasionaron, sino por juzgar el caso con independencia de los efectos que las mismas pudiera haber causado en las declaraciones de los acusados (FJ 2).



2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 8/2004
(Sala Primera), de 9 de febrero (RTC 2004\8)
Recursos de amparo n^{os} 4260/1999 y 4941/1999
Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

El Tribunal se inspira para, en este caso, estimar vulnerado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, en la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes (en concreto, en el asunto Hiro Balani contra España, de 9 de diciembre de 1994 y en el asunto Ruiz Torija contra España, de la misma fecha), considerando que no puede afirmarse rotundamente y en todo supuesto, que esa falta de respuesta lesione los derechos de las partes, sino sólo cuando las *circunstancias* del caso indiquen que así ha sido (FJ 4º y 5º).

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 99/2004 de 27 de mayo de 2004
Recurso de amparo nº 3293/2004
Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 6/2004
(Sala Segunda), de 16 de enero (RTC 2004\6)
Recurso de amparo nº 3153/2003
Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar

El objeto central de la sentencia 6/2004 es el recurso de amparo promovido por Herri Batasuna contra la resolución de la Sala Especial del art. 61 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 27 de marzo de 2003, dictada en fecha 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 3072) y por la que se declaraba la ilegalidad de los partidos políticos demandados, esto es, Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

El recurrente alega (Antecedente 3º) “una infracción del art. 22, en relación con el art. 6, ambos de la Constitución, por vulneración del derecho de asociación y de la libertad de ejercicio de la actividad de los partidos políticos, en conexión con el art. 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el art. 20 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y con el art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y



Políticos, todo ello en relación con el art. 9.3 de la Constitución, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

El Tribunal, haciendo eco de lo expresado por el Abogado del Estado (Antecedente 7º), rechaza la alegación de determinados derechos recogidos en instrumentos internacionales, aduciendo que “la invocación del principio de irretroactividad reconocido por el art. 9.3 CE está fuera de lugar en un procedimiento de amparo”, pues en éste sólo puede hacerse valer la violación de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 14 a 29 de la Constitución (Fundamento Jurídico 3º). En lo que se refiere a la materia que nos interesa (la alegación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y los otros tratados internacionales mencionados), el TC recoge de nuevo (Fundamento Jurídico 3º) lo defendido por el Abogado del Estado, que consideró que no corresponde a este Tribunal “examinar la observancia o inobservancia, per se, de los tratados internacionales, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos y libertades susceptibles de amparo (...) *sin perjuicio del valor interpretativo que a esos textos confiere el art. 10.2 CE*” (Antecedente 3º, énfasis añadido). De hecho, el TC confirma posteriormente que “los derechos amparables aquí invocados lo serán con el contenido que resulta del valor interpretativo que a los Tratados sobre derechos fundamentales reconoce el art. 10.2 de la Constitución” (FJ 3º).

La sentencia 99/2004, interpuesta por la agrupación de electores Herri-tarren Zerrenda⁸, incide en el mismo tema que la anterior, aduciendo la violación de una pluralidad de derechos constitucionales (expuestos en once extensos motivos recogidos en el Antecedente 3º) y reconocidos, además, en diversos instrumentos internacionales, entre ellos, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. La respuesta del TC ante la mención de estos tratados es idéntica al caso anterior (FJ 3º).

8. Contra las Sentencias de 21 de mayo de 2004 dictadas por la Sala del art. 61 LOPJ de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Tribunal Supremo en los recursos núms. 1-2004 y 2-2004, interpuestos por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, respectivamente, que anularon el Acuerdo de la Junta Electoral Central, de 17 de mayo de 2004, en lo relativo a la proclamación de la referida candidatura a las elecciones de Diputados al Parlamento Europeo convocadas por Real Decreto 561/2004, de 19 de abril.



5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 184/2003
(Pleno), de 23 de octubre (RTC 2003\184)
Recurso de amparo nº 4857/2001
Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde

Sin duda constituye esta sentencia uno de los ejemplos más claros de la puesta en práctica del artículo 10.2 de la Constitución, y no sólo por parte del Tribunal, que en su argumentación tiene presente en todo momento la doctrina del TEDH, sino por los propios recurrentes, que también hacen un profuso empleo de la misma al plantear su recurso de amparo (Antecedente 3º).

La cuestión debatida es el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 CE en conexión con el artículo 8.1 y 2 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* y con el art. 17 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Antecedente 3º). En concreto, se sostiene la insuficiencia de la norma que permite la restricción del secreto de las comunicaciones (art. 579 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, reformado por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo), estimando que no satisface las exigencias del TEDH (la intervención telefónica ha de estar prevista por ley que, además, debe ser clara y precisa para que el ciudadano adecúe a ella su conducta). La parte recurrente considera que, pese a la reforma, el artículo 579 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* no es aún lo suficientemente claro como para distinguir claramente en qué casos y bajo qué condiciones pueden los poderes públicos adoptar las medidas de intervención telefónica (Antecedente 3º, apartado 1 y FJ 3º).

Las sucesivas instancias a las que se sometió el caso confirmaron la parquedad del precepto de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 11 de noviembre de 1999 y Sentencia de 19 de julio de 2001 de la Sala Penal del TS) pero, en concreto, se recoge que ya el TS sostuvo que “esta situación de práctica anomia legislativa ha sido suficientemente colmada por la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales, que han interpretado el art. 18.3 CE, de conformidad con el art. 8 del Convenio y de su órgano de aplicación que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subrayándose la necesidad de una cuidada interpretación constitucional del art. 579, respetuosa con el principio de proporcionalidad y las restantes garantías que protegen los derechos fundamentales y libertades básicas”.



El TC se muestra de acuerdo con esta afirmación al considerar que, aunque el artículo 579 denote insuficiencias, no siempre éstas “conllevan de forma automática la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones “ (FJ 4º). El Tribunal basa tal afirmación (ateniéndose a lo establecido en el artículo 10.2 de la CE), en la jurisprudencia del TEDH que, efectivamente, ha condenado de manera reiterada a España⁹ en fechas recientes por la insuficiente redacción del debatido artículo de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Finalmente, el TC, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo¹⁰ como punto de referencia para dilucidar el caso, estima parcialmente el amparo.

V. DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR

1. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO nº 1644/2003

(Sala de lo Penal), de 3 de diciembre (RJ 2003/9401)

Recurso de casación nº 20104988/2002

Ponente: Sr. D. Joaquín Giménez García

La sentencia 30/2002 de 29 de octubre de 2002 de la sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a dos ciudadanos estadounidenses como autores de un delito contra la salud pública, de drogas que causan grave daño a la salud en cuantía de notoria importancia. Contra dicha sentencia se formalizaron dos recursos de casación, uno por cada condenado.

9. Así, la sentencia de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo c. España

10. Entre otras, las sentencias que aparecen en el FJ 4º: Sentencias de 2 de agosto de 1984 [TEDH 1985, 5], caso Malone c. Reino Unido; de 24 de abril de 1990 [TEDH 1990, 1], casos Kruslin c. Francia, y Huvig c. Francia [TEDH 1990, 2]; de 23 de noviembre 1993 [TEDH 1993, 55], caso A. c. Francia; de 25 de marzo de 1998 [TEDH 1998, 9], caso Kopp c. Suiza; de 16 de febrero de 2000 [TEDH 2000, 87], caso Amann c. Suiza; de 4 de mayo de 2000 [TEDH 2000, 130], caso Rotaru c. Rumania; 25 de septiembre de 2001 [TEDH 2001, 552], caso P. G. y J. H. c. Reino Unido, las Sentencias Valenzuela c. España [TEDH 1998, 31] y Prado Bugallo c. España [TEDH 2003, 6] y, sobre todo, caso Lamert c. Francia de 24 de agosto de 1998 y caso Amann c. Suiza de 16 de febrero de 2000. Véase, para un mayor ahondamiento en las reflexiones del TC sobre el secreto de las comunicaciones y las intervenciones telefónicas y su tratamiento por el TEDH, los FJ 7º-11º. Con todo, se adjuntaron dos votos particulares, el de D. Roberto García-Calvo y Montiel (al que se adhiere el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez) y el de D. Vicente Conde Martín de Hijas, que también se muestra de acuerdo con lo expresado por el primero respecto determinados pronunciamientos sobre el caso planteado y la interpretación llevada a cabo por el TC, discrepando con la interpretación que se hace de la doctrina del TEDH.



Los hechos se refieren al abordaje en aguas internacionales del motovelero DIRECCION000 en el que los condenados se dirigían hacia las costas españolas. Efectivamente, el día 13 de junio de 2001 el patrullero español Petrel I, previa autorización del Juzgado Central nº 6 de la Audiencia Nacional y del Ministerio de Justicia alemán, ya que el motovelero tenía matrícula del puerto de Hamburgo, abordó dicho motovelero en aguas internacionales, que fue remolcado hasta el puerto de Cádiz. El registro judicial de la embarcación llevó a la localización de un cargamento de estupefacientes.

Uno de los recurrentes alegó dos motivos de casación de interés; en primer lugar, la vulneración de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva. En sus argumentos, centró su recurso en la falta de autorización para el abordaje ya que el motovelero estaba inicialmente matriculado en el puerto de Hamburgo, pero posteriormente el recurrente y nuevo propietario de la embarcación la registró en el Estado de Delaware (Estados Unidos). En su opinión, el abordaje e inspección del motovelero supusieron una violación de los principios de Derecho Internacional aplicables en alta mar que establecen la competencia exclusiva del Estado de pabellón del buque para autorizar el abordaje en alta mar ya que no se solicitó la autorización a los Estados Unidos. Ciertamente, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (BOE de 10 de noviembre de 1990), restringe la libertad de navegación en alta mar en caso de transporte de estupefacientes, pero supedita el abordaje e inspección de una nave a la autorización del Estado del pabellón, que como se ha indicado no era Alemania. Por tanto, el recurrente concluye que el abordaje e inspección del buque, así como la ocupación de la droga son ilegales. No obstante, el Tribunal Supremo estimó que este motivo de casación no podía prosperar. Es cierto que el recurrente registró el buque en el Estado de Delaware el 26 de abril de 2001, pero en dicho cambio no efectuó declaración alguna sobre el pabellón. Además durante la estada del buque en el puerto de SE Anchorage y en las gestiones que realizó ante las autoridades portuarias y aduaneras en dicho puerto hizo constar que el buque mantenía el número de matrícula del puerto de Hamburgo y por lo tanto continuaba abanderado en Alemania. De hecho, el casco de la embarcación conservaba dicha matriculación. En definitiva, el cambio de matrícula en la forma que fue efectuado no tenía la virtualidad de producir efectos frente a terceros, ni en consecuencia frente a las autoridades españolas y alemanas, para las que seguía siendo un buque abanderado en Hamburgo.



Por ello, la autorización dada por el organismo alemán competente¹¹ para el abordaje a petición de las autoridades españolas ha de estimarse válida a todos los efectos.

11. Art. 17. TRÁFICO ILÍCITO POR MAR

1. Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.

2. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización. Las Partes a las que se solicite dicha asistencia la prestarán con los medios de que dispongan.

3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave.

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

a) Abordar la nave;

b) Inspeccionar la nave;

c) Si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las Partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado.

6. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, someter su autorización a condiciones que serán convenidas entre dicho Estado y la Parte requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad.

7. A los efectos de los párrafos 3 y 4 del presente artículo, las Partes responderán con celeridad a las solicitudes de otras Partes de que se averigüe si una nave que esté enarbolando su pabellón está autorizada a hacerlo, así como a las solicitudes de autorización que se presenten a tenor de lo previsto en el párrafo 3. Cada Estado, en el momento de entrar a ser Parte en la presente Convención, designará una o, en caso necesario, varias autoridades para que se encarguen de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todas las demás Partes, dentro del mes siguiente a la designación.

8. La Parte que haya adoptado cualquiera de las medidas previstas en el presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida.

9. Las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.

10. Las medidas que se adopten en cumplimiento del párrafo 4 del presente artículo serán sólo aplicadas por buques de guerra o aeronaves militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizadas a tal fin.



El segundo motivo de casación, por el cauce del art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se basa en que la autorización concedida por las autoridades alemanas para el abordaje del DIRECCION000 se limitaba al abordaje en aguas españolas, no en aguas internacionales. No obstante, las autoridades españolas se extralimitaron y el abordaje se produjo en aguas internacionales. En consecuencia, dicha acción y la inspección y la ocupación de la droga serían nulas. Frente a este argumento, el Tribunal afirma que el artículo 17 del Convenio sobre estupefacientes no distingue entre aguas internacionales o nacionales, limitándose a exigir que el Estado requirente solicite del Estado de pabellón del buque sospechoso de transportar droga una autorización para el abordaje y la inspección de la nave. Tal solicitud fue enviada por las autoridades españolas al organismo alemán competente y aludía al abordaje, registro y aprehensión en aguas internacionales y traslado a puerto español. La respuesta de dicho organismo autorizaba lo solicitado “a condición de que el gobierno español garantice que si el barco se encontrase en aguas territoriales del estado solicitante, estarían reunidas las condiciones legales para las medidas solicitadas”. Es precisamente esta respuesta la que, en opinión del recurrente, restringe la autorización al abordaje en aguas territoriales y fundamenta la nulidad del abordaje. A pesar de estas alegaciones, el Tribunal entiende que las condiciones legales a las que alude la autorización no pueden ser otras que las especificadas en la normativa aplicable, es decir, el art. 17 del Convenio, y que este precepto no diferencia entre aguas internacionales y nacionales, por lo que la autorización concedida por Alemania para el abordaje es válida tanto en aguas internacionales como en aguas territoriales. De hecho, la autorización del Estado de pabellón sólo tiene sentido si se trata de un abordaje en aguas internacionales ya que si se tratase del mar territorial, sobre el que el Estado ribereño ejerce su soberanía, se podría haber acordado el apresamiento y conducción del buque a puerto español sin previa autorización del Estado de abanderamiento, de conformidad con los artículos 2 y 3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Bahía Montego, 10 de diciembre de 1982). En definitiva, en opinión del Tribunal Supremo la actuación de las autoridades españolas fue totalmente correcta y ajustada a la normativa internacional aplicable.

11. Toda medida adoptada de conformidad con el presente artículo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho internacional del mar, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias.



VI. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 6ª), de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003/ 9427)

Recurso de casación nº 949/1999

Ponente: Sr. D. Francisco González Navarro

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 6ª), de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003/ 9581)

Recurso de casación nº 6808/1999

Ponente: Sr. D. Francisco González Navarro

El 16 de noviembre de 1986 la República de Cuba y el Reino de España firmaron un Convenio y Acta aneja para la liquidación y finiquito de la indemnización por todos los bienes, derechos, acciones e intereses de las personas naturales y jurídicas de nacionalidad española que resultaron afectados por Leyes, disposiciones y medidas dictadas por el gobierno revolucionario cubano desde el 1 de enero de 1959 hasta la fecha de la firma del Convenio. El Convenio entró en vigor el 26 de marzo de 1988. Mediante la Ley 19/1990, de 17 de diciembre, se regula los procedimientos y los criterios para que una Comisión Interministerial Liquidadora realice la distribución de las indemnizaciones entre los españoles perjudicados y se dispone el anticipo, con cargo al Tesoro español, de las cantidades necesarias para que estas personas no tengan que esperar el abono total por parte del Estado cubano de la indemnización global fijada en el Convenio.

Varios españoles afectados interpusieron dos recursos de casación ante el Tribunal Supremo contra las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, sección sexta, con fecha 18 de junio de 1999 y 24 de septiembre de 1998 y en las que se desestimaban las reclamaciones contra la Administración española presentadas por dichos afectados, y centradas en la obligación que, según los recurrentes, incumbe a la Administración española, que no consultó a los españoles perjudicados por las confiscaciones durante la negociación del Convenio, de hacer frente al pago de la diferencia entre la cantidad que finalmente vendría a recibir de la Comisión Liquidadora y el valor real de los mismos bienes en 1997. En particular, alegaban error en la determinación de la indemnización por no haberse tenido en cuenta ni la actualización de las ci-

fras ni el actual contravalor en pesetas. Los recurrentes pedían que se reconociera el derecho a ser indemnizados por la Administración española en concepto de daños y perjuicios por la diferencia entre la indemnización asignada por la Comisión Interministerial Liquidadora y la cantidad que resultara de la obligada actualización de dicha indemnización, más los intereses legales devengados desde la fecha de la sentencia.

Las sentencias abordan diversas cuestiones. Importa retener las siguientes.

La causa del Convenio y Acta aneja de 16 de noviembre de 1986 es la política de expropiaciones —en realidad, según el propio Tribunal, meras confiscaciones— de bienes y derechos que ha sido ejecutada por el gobierno de la República de Cuba. La legislación sobre confiscaciones trataba por igual a los nacionales extranjeros y a los ciudadanos cubanos. El Estado español puso en marcha su potestad-deber de proteger a sus nacionales, pero el Tribunal recuerda, no obstante, que la protección diplomática a favor de los nacionales, no implica la existencia de un derecho de los mismos a ser protegidos conforme al Derecho interno, afirmando que es un derecho propio del Estado, de naturaleza discrecional y que no tiene obligación de consultar a sus nacionales sobre los términos en los que entabla la negociación, pudiendo desistir o transigir en cualquier momento. No obstante, el carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática justifica la posibilidad de someterlo a un control jurisdiccional en sede contencioso-administrativa, bien por falta de actividad del Estado, o por causa de su ejercicio con resultado objetivamente insatisfactorio, como las reclamaciones que nos ocupan.

En este caso, la acción protectora del Gobierno español no podía ir más allá de pretender una igualdad de trato con los nacionales cubanos y tratar de conseguir una reparación, al menos parcial, del daño causado a los españoles por el Gobierno cubano. Las negociaciones duraron aproximadamente treinta años y dieron como resultado la firma por el Reino de España y la República de Cuba del Convenio y Acta aneja en virtud de los cuales se pactó el pago de una indemnización por parte del Gobierno cubano en concepto de compensación económica. En consecuencia, ni el Convenio hispano-cubano —ni mucho menos la Administración exterior española— lleva a cabo la expropiación o confiscación, sino que recoge una solución que ha hecho posible que los españoles perjudicados cobren unas cantidades que de otra manera no habrían podido percibir en modo alguno. El Convenio zanja definitivamente la cuestión de las reclamaciones para la indemnización por todos los bienes, derechos, acciones e intereses de las personas naturales y jurídicas de naciona-



lidad española que resultaron afectados por Leyes, disposiciones y medidas dictadas por el gobierno cubano desde el 1 de enero de 1959 hasta la fecha de la firma del Convenio *en el plano de la protección diplomática*. Es decir, en dicho plano, no serán posibles nuevas reclamaciones referidas a ese período de tiempo. Pero el Convenio no afecta los derechos de los españoles perjudicados por la confiscación, en particular, el derecho a recuperar las propiedades confiscadas o a conseguir una justa indemnización mediante la correspondiente reclamación ante el actual o un posterior Gobierno cubano.

En definitiva, ni la acción exterior del Estado español, ni el Convenio resultante de la misma, ni tampoco la ejecución del mismo, tienen una naturaleza expropiatoria que pudiera justificar pretensiones indemnizables frente al Estado protector y tampoco implican una subrogación del Estado español en las obligaciones de indemnizar el justiprecio que debía haber abonado y no abonó la República de Cuba a los reclamantes. En ese sentido, el Tribunal indica que mediante la firma del Convenio no se ha producido ninguna novación en la relación existente entre el Estado expropiante y los reclamantes, ya que no se ha modificado su objeto ni se ha sustituido ninguna de las partes. Por otro lado, el Tribunal también entiende que no habiendo expropiación, ni tampoco un daño incidentalmente causado a los reclamantes por la actuación exterior del Estado español determinante de una responsabilidad extracontractual, no cabe indemnización exigible al Estado español ni como administrador ni como legislador. Es decir, no cabe hablar de responsabilidad extracontractual a cargo del Estado protector derivada del Convenio hispano-cubano. Ciertamente, la reparación obtenida no logra indemnizar a los españoles perjudicados de la pérdida realmente sufrida, pero la acción protectora del Estado español ha conseguido una compensación económica a favor de aquellos difícilmente mejorable. De hecho, del examen de los otros Convenios similares suscritos por Cuba con otros Estados, se puede concluir que la compensación obtenida en el Convenio hispano-cubano es la más satisfactoria. Además, el Tribunal afirma que del expediente administrativo se concluye que la posición del gobierno cubano que fijaba la indemnización exigible en 30 millones de dólares USA frente a los 350 reclamados por los perjudicados, era inamovible y que dicha postura cerrada se mantuvo frente a gobiernos españoles de distinto signo político, pudiendo afirmar, dice el Tribunal, que existía una imposibilidad objetiva de lograr una indemnización mayor.



VII. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 6ª), de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003/ 8607)

Recurso de casación nº 3797/1999

Ponente: Sr. D. Francisco González Navarro

La Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7ª) desestimó en su sentencia de 5 de febrero de 1999 el recurso contencioso-administrativo de Don Eusebio, natural de Argelia, contra la resolución del Ministro del Interior que le denegó el derecho de asilo en España y la condición de refugiado que el recurrente había solicitado para él mismo, su esposa y sus dos hijos alegando la existencia de amenazas del Grupo Islámico Armado en su país de origen que le hacían temer fundadamente por su vida y la de sus parientes.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia y reitera el argumento central de la misma para denegar el derecho de asilo a Don Eusebio, a saber, que “cuando un Gobierno mantenga la represión organizada y sistemática de los respectivos grupos terroristas, las amenazas o persecuciones perpetradas por éstos no pueden fundar la protección del asilo político, aunque se produzcan atentados inevitables”¹². La Audiencia indica en su sentencia recurrida, y el Tribunal Supremo también reitera en la decisión que nos ocupa, que el gobierno argelino combate notoriamente al Grupo Islámico Armado y que se trata de uno de tantos países que sufren el azote del terrorismo. Dicha situación, indica el Tribunal, no es comparable a la de otros países en los que es el propio gobierno es el que organiza y dirige la persecución de los grupos opositores o de grupos sociales específicos.

2. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

(Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 3ª, de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003/ 433)

Recurso contencioso-administrativo nº 79/2002

Ponente: Sra. Dª. Isabel García García-Blanco

12. El argumento es acorde con lo informado por el Consejo de Estado en su dictamen 1311/1911, de 28 de noviembre de 1991.



En la sentencia que se reseña, la Audiencia Nacional aborda la posición de los llamados refugiados económicos. Efectivamente, el recurrente había visto denegada su solicitud de reconocimiento del derecho de asilo y la concesión de la condición de refugiado por resolución del Ministro del Interior que inadmitía a trámite su solicitud de asilo. La Audiencia reitera dicha inadmisión ya que los motivos invocados por el recurrente, de índole exclusivamente socioeconómica, no figuran entre las causas de reconocimiento del derecho de asilo. Es decir, el propio recurrente reconoce que la causa generadora de la salida de Cuba fue la mejora económica añadiendo en la demanda ciertas observaciones sobre las circunstancias sociales y económicas en Cuba.

La Audiencia Nacional invoca el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)¹³ y su Protocolo (Nueva York, 31 de enero de 1967) y la legislación española sobre el derecho de asilo, así como la Posición Común de la Unión Europea de 4 de marzo de 1996, de acuerdo con los cuales el factor determinante para la concesión de la protección prevista en el Convenio es la existencia en un determinado país de unas circunstancias que objetivamente pudieran dar lugar al reconocimiento del derecho de asilo y la existencia de temores fundados a ser perseguido por razón de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social determinado o por actividades de índole política. Habida cuenta de que el recurrente alega únicamente una causa económica y reconoce que no ha sufrido nunca ni persecución ni detención ni registros domiciliarios ni acredita un fundado temor de sufrirla, la Audiencia Nacional desestima el recurso y considera justificada la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

13. El párrafo primero del art. 1.A.2) dice: “ (...)debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose (...) fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.