



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

José Roberto PÉREZ SALOM
María José CERVELL HORTAL

I. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

1.— SENTENCIA AUDIENCIA NACIONAL

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 9 de enero de 2003 (JUR 2003/26428).

Recurso contencioso-administrativo no. 1071/2001

Ponente: Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

En virtud de esta sentencia, la Sala confirma su doctrina en esta materia, de acuerdo con la cual exige la concurrencia de dos elementos para la aplicabilidad en España del derecho de asilo y la concesión de la condición de refugiado. En primer lugar, se requiere la presencia de un elemento objetivo, es decir, la existencia en un determinado país de unas circunstancias que objetivamente pudieran dar lugar al reconocimiento del derecho de asilo y, en segundo lugar, de un elemento subjetivo, en otras palabras, una situación subjetiva de temor a ser perseguido por razón de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social determinado o por actividades de índole política. Dicho temor debe ser fundado, de modo que no basta la mera sospecha o conjetura. Esta exigencia constituye un presupuesto necesario para la aplicación del artículo 1.A.2 del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)¹ y su Protocolo (Nueva York, 31

* La selección se ha referido exclusivamente a las decisiones judiciales españolas adoptadas durante el año 2003.

1. 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



de enero de 1967) y el consiguiente reconocimiento del derecho de asilo. No obstante, la propia Sala reconoce las dificultades para acreditar un temor fundado. Por ello, precisa, al menos, una prueba indiciaria que permita afirmar la probabilidad de ser objeto de persecución por alguna de las causas ya indicadas.

En el caso en cuestión, la sala desestima el recurso contencioso-administrativo ya que los datos y documentos aportados por la demandante no acreditan, ni siquiera de un modo indiciario, la existencia de una posible e inminente persecución ni del temor fundado a sufrirla, probando tan sólo la presencia de disputas electorales en el país de origen de la demandante.

2. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 1 abril 2003

(RJ 2003\2943)

Recurso de casación no. 7113/1998

Ponente: Sr. D. Juan José González Rivas

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 16 de enero de 1998 que reconoció el derecho del demandante a gozar del derecho de asilo.

La Sala reitera que nos encontramos ante una protección de carácter graciable que el Estado concede o deniega en ejercicio de su autoridad soberana. En ese sentido, la decisión discrecional de la Administración puede estar motivada por criterios extrajurídicos de conveniencia, oportunidad política o seguridad nacional. No obstante, a pesar de que la Administración dispone de un margen de apreciación para decidir si concurren o no las circunstancias que determinan la concesión o denegación del asilo, la decisión es revisable en vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Es decir, le corresponde a dicha jurisdicción asegurar que la decisión administrativa es racional y objetiva, ya que, en todo caso, dicha decisión debe estar justificada en datos objetivos.

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".



Por otro lado, la Sala recuerda la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la concurrencia de los dos elementos, objetivo y subjetivo, que determinan el reconocimiento del derecho de asilo. En una primera posición doctrinal, el alto tribunal admitía la mera alegación de un temor fundado a ser perseguido en el Estado de origen por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas cuando dicha alegación venía acompañada de “hechos notorios que ocurren en dicho país, donde se producen unos acontecimientos políticos y sociales que rebasan unas mínimas condiciones de normalidad”. Posteriormente, el Tribunal Supremo ha afirmado que, aunque no es necesario una prueba plena de que el solicitante haya sido objeto de persecución por alguna de dichas causas en su país de origen, sí es necesaria una prueba indiciaria de la probabilidad de sufrir la mencionada persecución. De ese modo, se evita la concesión automática del derecho de asilo a cualquier individuo en cuyo país se estén dando serios trastornos sociales, muerte de civiles y ausencia de protección de los derechos fundamentales, que desvirtuaría así la finalidad de la figura del asilo.

II. JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN MATERIA DE GENOCIDIO Y TORTURAS

1. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 327/2003
(Sala de lo Penal, de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003/2147)
Recurso de casación no. 803/2001
Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

El 27 de marzo de 2000 el Juzgado Central de Instrucción Número 1 declaró la competencia de la jurisdicción penal española para la persecución de unos hechos que tuvieron lugar en Guatemala en fechas comprendidas entre 1978 y 1990 y que han merecido la calificación, por parte de los denunciantes², de delitos de genocidio, terrorismo y torturas³. El Instructor

2. Entre los denunciantes se encuentra la Premio Nobel de la Paz Rigoberta Menchú y diferentes defensores y colectivos en pro de los derechos humanos.

3. Se habla de más de doscientos mil muertos, cuarenta mil desaparecidos, un millón de desplazados, doscientos cincuenta mil huérfanos y cuatrocientas cincuenta aldeas arrasadas. Vid. las reflexiones de Baltasar Garzón en la introducción de *Al Sur del Sur* de octubre de 2002, disponible en Internet en el sitio http://www.lainsignia.org/2002/octubre/der_009.htm (15.09.03).



calificó del mismo modo los hechos descritos, considerando los delitos de terrorismo y torturas como delitos conexos al delito de genocidio. A la vista del artículo 23.4.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴ y del artículo 6 del Convenio sobre la Prevención y Sanción del Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)⁵, el Instructor aplicó el principio de jurisdicción universal, ante la inactividad de las autoridades guatemaltecas y la inexistencia del tribunal penal internacional previsto en el art. VI del Convenio.

Posteriormente, el 13 de diciembre de 2000 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimaba el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal. La Sala, que admitía la jurisdicción española para conocer el delito de genocidio, tal y como se denunció, declaró no procedente el ejercicio de la jurisdicción penal española *en ese momento* ya que era demasiado pronto para estimar si las autoridades guatemaltecas competentes permanecerían inactivas⁶.

Los denunciantes recurrieron en casación el auto de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo, que adoptó su sentencia el 25 de febrero de 2003. La sentencia, cuyo objeto es determinar la existencia de jurisdicción

4. “ 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:

Genocidio.

Terrorismo.

Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

Falsificación de moneda extranjera.

Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.

Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

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.

5. El citado artículo dice: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

El Convenio no establece la jurisdicción universal como criterio de atribución jurisdiccional, pero tampoco la excluye. Tampoco se refiere en modo alguno al principio de subsidiariedad.

6. Ya que, según dicha resolución, había transcurrido muy poco tiempo desde el 25 de febrero de 1999, fecha de la conclusión de los trabajos de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico y la primera denuncia ante la Audiencia Nacional el 2 de diciembre de 1999.

extraterritorial de los Tribunales españoles sobre los hechos denunciados, ha sido especialmente controvertida a causa de la doctrina excesivamente restrictiva que consagra en materia de la aplicación del principio de justicia universal⁷. A continuación se comentará, desde la perspectiva que interesa al Derecho Internacional Público, la resolución, así como el voto particular de siete magistrados que discrepan de la resolución dictada por no respetar lo establecido por el propio Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el artículo 23.4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La cuestión de la calificación de los hechos denunciados como constitutivos de un delito de genocidio, en particular, de un delito de genocidio contra el pueblo maya como grupo étnico, es abordada a partir del fundamento jurídico sexto. El Tribunal entiende que el Convenio sobre el Genocidio no consagra el principio de jurisdicción universal, aunque ciertamente tampoco lo excluye. En cuanto a la legislación española, es el artículo 23.4 de la LOPJ el que dispone que la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como, entre otros delitos, genocidio o terrorismo o cualquier otro que, según los tratados internacionales, deba ser perseguido en España.

En opinión del Tribunal Supremo, la ambigüedad de este precepto suscita serias dudas, pero no puede dar lugar a la apertura de diligencias penales cuando se tenga noticia de la comisión de alguno de los delitos que relaciona con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de la víctima y del autor. Por el contrario, el tribunal invoca otros principios de Derecho Internacional Público, por ejemplo, el principio de no intervención, como límites al principio de jurisdicción universal. Por otro lado, alega que en la actualidad parece asentada la idea de que ningún Estado debe ocuparse unilateralmente de perseguir a los responsables de la comisión de delitos como los enunciados en el artículo 23.4 sino que, según el Tribunal, es necesario un punto de conexión que justifique la extensión extraterritorial de una jurisdicción estatal. En ese sentido, no se advierte la presencia de una conexión con un interés nacional español, ya que no se aprecia un delito de geno-

7. Sobre esta sentencia puede consultarse el comentario de la profesora Rueda Fernández, de la Universidad de Sevilla, "La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el "genocidio maya" ante el Tribunal Supremo", disponible en la página de Internet <http://www.aranzadi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/d040703/coment.html> (22.09.03).

cidio contra españoles, ni se conecta con otros intereses españoles relevantes. En definitiva, en la resolución se admite que la jurisdicción penal española es competente en delitos de genocidio cometidos en el extranjero cuando las víctimas del genocidio sean españolas o los culpables se encuentren en territorio español.

En relación con los hechos calificados como constitutivos del delito de torturas, en particular en el caso del asesinato de cuatro sacerdotes españoles y en el caso de los hechos cometidos contra ciudadanos españoles con ocasión del asalto a la Embajada española en Guatemala el día 30 de enero de 1980, la Sala estima que los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables, que al parecer poseían la condición de funcionarios públicos o ejercían funciones públicas o habían sido instigados por ellos o actuaban con su consentimiento. Según la resolución, el fundamento de dicha jurisdicción reside en el artículo 23.4.g) de la LOPJ y en las disposiciones del Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), de la que tanto España como Guatemala son parte. En particular, la Sala invoca el criterio de personalidad pasiva consagrado en el Convenio contra la Tortura⁸; criterio de atribución jurisdiccional que permite perseguir los hechos cuando la víctima sea de la nacionalidad del Estado interesado en la persecución penal.

La doctrina restrictiva que consagra la sentencia ha sido puesta en duda en el voto particular que formulan siete magistrados. De conformidad con la posición de los mismos, el Tribunal Supremo ha aplicado unos criterios que no aparecen en absoluto en el artículo 23.4 ya que requiere que las víctimas del genocidio sean españolas o que los culpables se encuentren en el territorio español. Por el contrario, el citado precepto únicamente establece un límite a la extensión de la jurisdicción extraterritorial, a saber, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero (artículo 23.2.c).

8. El art. 5 dispone que: "1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. 2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo. 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.



En palabras de los magistrados disidentes la exigencia de que las víctimas del genocidio sean españolas no sólo es contraria al propio tenor del artículo 23, sino que deja prácticamente sin contenido la persecución del genocidio ya que no es posible calificar como genocidio aquellas conductas que afectan exclusivamente a ciudadanos españoles, si son ajenos al grupo étnico que se pretende destruir. Por lo que respecta al segundo criterio introducido por el Tribunal Supremo en la resolución mayoritaria, la necesaria presencia de los responsables del delito en España, en el voto particular se incide en el hecho de que no representa una condición para el ejercicio de la jurisdicción penal universal, sino que sólo es necesaria para el enjuiciamiento de los culpables, en definitiva, es un presupuesto para la practicabilidad de dicha jurisdicción universal, que puede satisfacerse mediante la extradición.

Finalmente, los magistrados insisten en que los nexos de conexión entre los hechos que se denuncian y los intereses españoles son evidentes. No sólo hay que subrayar los vínculos culturales, históricos y sociales sino también la comunidad lingüística y jurídica, que asegura una mayor efectividad de la intervención judicial española, y, sobre todo, que el asalto a la Embajada y las agresiones a los ciudadanos españoles, aunque no pueden ser calificadas como acciones genocidas, fueron represalias por la protección dispensada a la etnia perseguida o agresiones realizadas en el curso de las acciones genocidas.

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

1. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 809/2003
(Sala de lo Penal, de 2 de junio de 2003
Recurso de casación no. 3604/2001
Ponente: Sr. D. Joaquín Jiménez García
2. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 791/2003
(Sala de lo Penal, de 30 de mayo de 2003
Recurso de casación no. 526/2002
Ponente: Sr. D. José Manuel Maza Martín
3. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 472/2003
(Sala de lo Penal, de 28 de marzo de 2003 (RJ 2003\3015)
Recurso de casación no. 689/2001



- Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
4. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO
(Sala de lo Penal) de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003\1097)
Recurso de casación no. 461/2001
Ponente: Sr. D. José Jiménez Villarejo

 5. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 196/2003
(Sala de lo Penal) de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003\2077)
Recurso de casación no. 1943/2001
Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

 6. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 110/2003
(Sala de lo Penal) de 29 de enero de 2003 (RJ 2003\979)
Recurso de casación no. 3675/2001
Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

 7. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 37/2003
(Sala de lo Penal) de 22 de enero de 2003 (RJ 2003\1067)
Recurso de casación no. 1687/2001
Ponente: Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, las sentencias citadas abordan un aspecto fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, como es el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta. El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se han ocupado reiteradamente de esta cuestión en numerosas sentencias. Por ello, a continuación, se expondrá un breve comentario sobre la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, tal y como se desprende de las sentencias mencionadas.

Efectivamente, entre los motivos de casación alegados repetidamente por los recurrentes se encuentra la imposibilidad de impugnar la sentencia ante un tribunal superior en cuanto a la determinación de los hechos y la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de los hechos. Esta circunstancia deriva de la actual regulación del recurso de casación en el ordenamiento jurídico español, que excluye replantear ante el Tribunal Supremo tales aspectos. Dichas alegaciones se amparan, en el ámbito jurídico internacional, en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), cuyo tenor establece:



“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

En opinión del Tribunal Supremo este precepto no alude exactamente a una segunda instancia sino al derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, *de conformidad con la legislación vigente*. De este modo, esta última apostilla implica que los Estados gozan de una cierta flexibilidad y, en todo caso, conservan la facultad de regular las modalidades de la revisión e incluso restringirla.

Además, los recurrentes también invocan frecuentemente el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de fecha 20 de julio de 2000⁹, cuyo tenor, a pesar de la posición del Tribunal Supremo, es incontestable, en relación con el caso que se denunció ante el Comité y que dio lugar al dictamen:

11.1. (...) El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (...) limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto (...).

12. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto respecto del Sr. Cesario Gómez Vázquez (...).

14. (...) (E)l Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutable si se determina que se ha producido una violación (...).

Según la doctrina del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional ni el Pacto, ni desde luego el dictamen, han afectado la estructura del proceso penal español hasta el punto de tornar el recurso de casación en un

9. El Comité fue creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El dictamen está disponible en el *Informe del Comité de Derecho Humanos*, volumen II (55º período de sesiones) suplemento Nº 40 (A/55/40), Nueva York, 2000, pp. 93-101. La comunicación que dio lugar al dictamen fue la Nº701/1996, Gómez c. España.



recurso de apelación o dar derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en la legislación española. No obstante, la entrada en vigor de la Constitución y la incorporación del Pacto en el ordenamiento jurídico español sí han provocado una flexibilización sustancial del recurso de casación ya que éste debe entenderse de la manera más favorable al acusado. En consecuencia, sobre la base de dicha interpretación más favorable al justiciable, confirmada por el Tribunal Constitucional, y gracias a la jurisprudencia progresiva del Tribunal Supremo se ha ampliado el número de cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Por lo que, en la actualidad, en opinión del Tribunal Supremo, pero en contra del parecer del Comité de Derechos Humanos, dicho procedimiento de casación satisface plenamente las exigencias básicas del artículo 14.5 del Pacto, a pesar del carácter limitado, en relación con los hechos y las pruebas, del procedimiento casacional. De esa forma, se pone al alcance de toda persona declarada culpable de un delito la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un órgano superior. Por tanto, el Tribunal Supremo asimila funcionalmente la casación y la revisión del fallo condenatorio y la pena, consagrada en el artículo 14.5.

En definitiva, y siempre según la doctrina del Tribunal Supremo, el derecho a la segunda instancia no implica la repetición íntegra del juicio. Por el contrario, basta con que el Tribunal Supremo fiscalice eficazmente la aplicación de las reglas que han hecho posible la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena concreta, fiscalización que se realiza mediante el vigente recurso de casación. En particular, en materia de determinación de los hechos y valoración de la prueba, el juicio del tribunal de los hechos puede ser corregido en casación cuando dicho tribunal ha preterido las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos. Todo esto sin perjuicio del derecho del acusado al recurso de revisión en caso de que aparezcan nuevas pruebas que el mismo no pudo presentar en el proceso.

Por último, el Tribunal Supremo reconoce que, en última instancia, se trata de un problema legislativo y que es el legislador el que debe abordarlo mediante la generalización del recurso de revisión para todas las sentencias penales ya que la reinterpretación que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han llevado a cabo no puede conllevar la invención de trámites de admisión y práctica de prueba, que serían contrarias a la naturaleza del proceso casacional.



8. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
(Sala Segunda) 105/2003 de 2 de junio
Recurso de amparo 6577/2000, BOE 1 de julio de 2003, nº 156
(suplemento).
Ponente: Sra. Dña. Elisa Pérez Vera.
9. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
(Sala Segunda) 80/2003, de 28 de abril de 2003.
Recurso de amparo 1852/2000, BOE 17 de mayo de 2003, nº 118
(suplemento).
Ponente: Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.
10. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
68/2003 de 9 de abril de 2003.
Recurso de amparo 2709/2001, BOE 14 de marzo de 2001, nº 63
(suplemento).
Ponente: Sr. D. Eugeni Gay Montalvo.
11. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
41/2003, de 27 de febrero de 2003.
Recurso de amparo 2709/2001, BOE 14 de marzo de 2003, nº 63
(suplemento).
Ponente: Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

Todas las sentencias mencionadas se centran en un problema que ya analizamos en el apartado dedicado al Tribunal Supremo y que también ha merecido la atención del Tribunal Constitucional, cual es la revisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta¹⁰. La cuestión, que lleva años planteándose, constituye, quizás, la única aplicación problemática del artículo 10.2 de la Constitución Española, que obliga al juez español a interpretar las normas relativas a los “derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (...) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias

10. En la mayoría de ocasiones, el demandante alega que, en concreto, se ha producido una violación de la presunción de inocencia reconocida, además de en el artículo 24 de la *Constitución Española* de 1978, en el artículo 11 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 6.2 del *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* y el artículo 14.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

ratificados por España). Lo que resulta más llamativo es la abundancia de casos en los que el recurrente sigue haciendo alusión a la cuestión, pese a que nuestros dos órganos judiciales máximos (TS y TC) cuentan con una doctrina consolidada al respecto y acomodada a las disposiciones del dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20 de julio de 2000, que condenaba a España al considerar que la articulación del recurso de casación español violaba el artículo 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en cuanto impedía “que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (...)” limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia¹¹.

El problema se centra, sobre todo, en la valoración y posible revisión de las pruebas en la fase de apelación ante tribunales superiores, basando con frecuencia el TC su resolución en la jurisprudencia del TEDH al respecto. En concreto, en la STC 41/2003, de 27 de febrero, el recurrente alega que la principal prueba de cargo utilizada en su día por la Audiencia Provincial para condenarle (había sido absuelto en primera instancia) se basó, principalmente, en determinadas declaraciones prestadas en el juicio oral, negándose esta segunda instancia judicial a oír de nuevo las declaraciones, pese a que el acusado alegó que hacerlo era esencial para determinar del todo los hechos. El TC *rectifica* (FJ 4, letra b), siguiendo la línea iniciada en el ATC 220/1999, de 20 de septiembre, la doctrina hasta entonces mantenida acerca de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción en la segunda instancia penal, y todo ello con el objeto de “adoptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) (...) a las exigencias del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del art.6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el art. 10.2 CE” (STC167/2002, FJ 9). El TC, continuando una más que establecida posición, alude, para fundamentar su razonamiento, a doctrina del TEDH, (en concreto, la iniciada con el caso *Ekbatani c. Suecia*, sentencia de 26 de mayo de 1988, concretada en otras sentencias como las de 8 de febrero de 2000, caso *Cooke c. Austria* y caso *Stefanelli c. San Marino*; 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumania*; y 25 de julio de 2000, caso *Tierce y otros c. San Marino*). Se sintetiza, incluso, esta doctrina de la siguiente manera, reproduciendo lo alegado en su día por la STC 167/2002 (FJ 4, letra

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

b): “la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia”, dependiendo la exigencia de esta garantía en fase de apelación “de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos por el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar, pudiendo justificarse la falta de una vista o debate público en la segunda o tercera instancia por las características del procedimiento de que se trate, con tal de que se hayan celebrado en la primera instancia”. Así pues, “no se puede concluir, por lo tanto que, como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia independiente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar” (FJ 10, STC 167/2002).

Ahora bien, “cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 — caso *Ekbatani contra Suecia*, § 32—; 29 de octubre de 1991 — caso *Helmers contra Suecia*, §§ 36, 37 y 39—; 29 de octubre de 1991 — caso *Jan-Ake Anderson contra Suecia*, § 28—; 29 de octubre de 1991 — caso *Fejde contra Suecia*, § 32). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 (caso *Constantinescu contra Rumanía*, §§ 54 y 55, 58 y 59) que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en este supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de



apelación, especialmente habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de junio de 2000 (caso *Tierce y otros contra San Marino*, §§ 94, 95 y 96), en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de los debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo las cuestiones sometidas al Juez de apelación" (FJ 10).

En la STC 68/2003, de 9 de abril, es más contundente en cuanto a la valoración de la prueba se refiere, pues aunque considera que la exigencia del art. 6.1 del CEDH no siempre exige el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, (siempre y cuando, eso sí, se hayan efectuado en primera instancia), todo depende del procedimiento de que se trate, pues en determinados momentos, y por "motivos de equidad del proceso", sí puede tener en cuenta la apreciación de los testimonios presentados en persona por quien sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal y en este caso el acusado sí debe ser oído ante el Tribunal de apelación¹². Y así vuelve a mostrarse en la STC 105/2003, de 2 de junio (Sala Segunda), cuando aclara que la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española "sólo puede aparecer vinculada al análisis concreto de la resolución de inadmisión desde la perspectiva de su razonabilidad y proporcionalidad"; es decir, sólo un análisis individual de las circunstancias concretas del caso permitirá determinar si, efectivamente, ha existido tal vulneración, sin que el dictamen del Comité deba servir de excusa general para estimar todas y cada una de las alegaciones que las partes quiera basar en él. Con ello, la Sala critica la extendida costumbre de los recurrentes que acuden a una instancia judicial superior impugnando de manera abstracta la regulación del sistema casacional penal español (FJ 3), ignorando así la reiterada doctrina (asentada tanto por el TC como por el TS) que afirma que nuestro sistema de recursos respeta el artículo 14.5 del Pacto y que, por tanto, los casos en los que exista vulneración de derechos obedecen única y exclusivamente a las circunstancias planteadas en el caso concreto.

Basándose precisamente en esta argumentación, el TC desestima los recursos del demandante en las STC 80/2003, de 28 de abril y 105/2003 de 2 de junio, estimándolo, sin embargo, en el caso de la STC 68/2003, de 9 de abril.

12. STC 68/2003, FJ 3.



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

1. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 820/2003
(Sala de lo Penal), 28 de mayo de 2003.
Nº de recurso: 387/2002.
Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
2. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 2062/2002
(Sala de lo Penal), 27 de mayo de 2003.
Nº de recurso: 2056/2001.
Ponente: Jose Antonio Marañón Chavarri.
3. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 110/2003
(Sala de lo Penal), de 29 de enero
Nº de recurso: 3675/2001.
Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

El TS se enfrenta en las tres sentencias mencionadas con el derecho a la presunción de inocencia (en concreto, en relación con la valoración de las pruebas presentadas) que aparece, tal y como hace constar expresamente el TS, tanto en nuestro texto constitucional como en artículo 11 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948); en el artículo 6.2 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950), y en el artículo 14.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), poniendo así de manifiesto la aplicación por los órganos judiciales españoles del mandato del artículo 10.2 de la Constitución y la plena integración de las normas internacionales ratificadas en nuestro ordenamiento jurídico.

4. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO
(Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 20 de marzo de 2003.
Nº de recurso: 480/2001.
Ponente: Jose Manuel Sieira Miguez.

La cuestión objeto de controversia es el recurso planteado por varias asociaciones defensoras de los derechos de los inmigrantes contra el *Real Decreto 864/2001*, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 8/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por *Ley Orgánica 8/2000*, de 22 de diciembre, solicitando la anulación del citado *Real Decreto* de manera íntegra o, en su defecto, de algunos de sus artículos.

En este caso, la mención de normas internacionales no proviene directamente de la Sala, sino de la reproducción que ésta hace, en el Fundamento de Derecho Quinto, de un informe del Consejo de Estado en el que se cuestionaba la legalidad del artículo 41.5 del Reglamento (que establece que “los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independiente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000”) y en el que afirmaba que el derecho de reagrupación “es un derecho fundamental reconocido en la *Constitución* y a interpretar según las normas internacionales al efecto de las que España es parte (art. 16 de la Ley en relación con el 17.5 CE, a la luz del art. 10.2 CE y normativa internacional: *verbi gratia*, arts. 12 y 16 Declaración Universal [LEG 1948, 1], art. 8 Declaración Europea [RCL 1999, 1190] y arts. 9 y 10 Convenio Naciones Unidas Derechos del Niño [RCL 1999, 1712])”. La continua aplicación del mandato del artículo 10.2 de la *Constitución* Española se demuestra una vez más (y esta ocasión, a diferencia de otras, el Tribunal lo menciona expresamente), incluso aunque la Sala haga un uso indirecto del mismo (al recoger el informe del Consejo de Estado), puesto que es precisamente éste el razonamiento en el que se basa para declarar, finalmente, la nulidad del precepto impugnado.

5. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2/2003
(Pleno), de 16 de enero de 2003.
Recurso de amparo 2468/2000, BOE 19 de febrero de 2003, nº 43
(suplemento).
Ponente: M^a Emilia Casas Baamonde.

La cuestión gira, en este caso, en torno al principio de *non bis in idem* (en concreto, la sanción al recurrente, por los mismos hechos, en vía administrativa y penal, FJ 1), siendo las bases jurídicas para su recurso, no

sólo la legislación española, sino las normas internacionales al respecto ratificadas por España, afirmando el Tribunal que el contenido del principio “coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos” (FJ 3) y mencionando expresamente el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH. Lo cierto es que el Tribunal recuerda que, aunque firmado, y tal y como ya sabemos, no ha sido ratificado por España, con lo que su alusión sorprende, si cabe, aún más. De hecho, se afirma que lo en él dispuesto “constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico-constitucional común en nuestro entorno” (FJ 3). ¿Por qué se detiene el Tribunal en el CEDH con más insistencia que en el Pacto? ¿Acaso lo considera, erróneamente, en cuanto tratado *de nuestro entorno* (Consejo de Europa), un instrumento más vinculante, aun sin haber sido ratificado?. Parece así que al TC no le ata la precisa redacción del artículo 10.2, que le obliga a tener en cuenta los tratados internacionales ratificados, y no los meramente firmados. Es cierto que mencionarlos no está de más, porque en definitiva son expresión de una actitud favorable a ellos, pero convertirlos en eje de la argumentación jurídica resulte quizás algo exagerado.

El TC también hace mención expresa de la jurisprudencia del TEDH (FJ 3) respecto de la aplicación de las garantías del proceso justo (STEDH de 21 de febrero de 1984, caso Öztürk c. República Federal de Alemania) siendo, una vez más, criticable en este punto la referencia a la jurisprudencia de este tribunal (de la que resulta la equiparación de la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal con el procedimiento y la sanción administrativos), pues se basa en el artículo 4 del mencionado Protocolo 7 del CEDH (SSTEDH de 23 de octubre de 1995, caso Gradinger c. Austria; de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria; de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c Austria; de 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria). Ahora bien, el Tribunal, reproduciendo jurisprudencia de otros órganos judiciales de carácter supranacional, nos revela de nuevo el alcance que el artículo 10.2 de la CE tiene, en particular, en el caso de los tratados (como el Convenio de Roma) que crean tribunales internacionales encargados del control de su aplicación, lo que ciertamente podría resultar útil a los justiciables ante el TC español.



V. PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN

1. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 32/2003, de 13 de febrero de 2003.

Recurso de amparo 179/99, BOE 5 de marzo de 2003.

Ponente: Sr. D. Pablo García Manzano.

En el presente recurso de amparo, el demandante, perteneciente a la comunidad kurda, impugna el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 1998, que desestimó el recurso de súplica interpuesto frente al Auto de la Sección Primera de la citada Sala de lo Penal de 30 de julio de 1998, que acordó acceder a su extradición a la República de Turquía, para el cumplimiento de las condenas impuestas en dos Sentencias dictadas en aquel Estado, bajo la condición de que la República turca garantizara que el demandante de amparo no sería sometido a tortura alguna.

En la sentencia, el TC procede al análisis de la naturaleza y características del procedimiento extradicional, especialmente, en lo que se refiere a la fase del mismo que se desarrolla ante los órganos judiciales, pues es en la misma donde el recurrente considera que se han lesionado sus derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional.

El Tribunal recuerda que la extradición pasiva es, por su naturaleza, un acto de auxilio judicial internacional, en cuya fase judicial ante los órganos españoles (ver, por ejemplo, STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3) no se decide acerca de la presunta culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se pronuncia un fallo condenatorio, sino que constituye un proceso sobre otro proceso penal anteriormente iniciado, o, en su caso concluido, pendiente de la ejecución en otro Estado. Además, cuando los órganos judiciales españoles competentes deciden sobre si se cumplen los requisitos y garantías previstos en la normativa aplicable para la entrega del sujeto afectado, realizan una tarea de la mayor importancia, ya que una vez verificada la entrega al Estado solicitante las lesiones de los derechos del sujeto extraditado que se hayan producido o puedan producirse en el futuro y que se estén denunciando en el procedimiento de extradición van a convertirse, normalmente, en irreparables por los órganos judiciales españoles.

Por ello, según el TC, el procedimiento de extradición, de conformidad con la legislación aplicable, en particular, el Convenio europeo de extradi-



ción, de 13 de diciembre de 1957, y por la Ley de extradición pasiva (en adelante, LEP), exige una cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado. En caso contrario, la actuación del Juez español produciría un riesgo serio de violación de los derechos del reclamado (SSTC 13/1994, FJ 4, 141/1998, FJ 1, y 91/2000, FJ 6).

Por último, cuando el reclamado afirma la presencia de alguna circunstancia determinante de que el órgano judicial pueda o deba denegar la extradición al Estado solicitante, y aporte razones o indicios para pensar que, en efecto, dichas circunstancias puedan suceder, el órgano judicial debe tratar de obtener las informaciones precisas para tomar una decisión adecuada. En ese sentido, dicha decisión no podrá motivarse sin más en la inexistencia de una prueba plena sobre las mencionadas circunstancias que alegó el reclamado. Por el contrario, el órgano judicial deberá ponderar y valorar todos los factores y aspectos para decidir si, sobre la base de los mismos, debe concederse o no la extradición, sin perder de vista los riesgos para los derechos del reclamado que ésta comporta.

En virtud de la sentencia, el TC considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del recurrente ya que el órgano judicial que concedió la extradición no consideró adecuadamente todos los indicios sobre los riesgos para los derechos del reclamado en caso de ser concedida la extradición.

