



# Decisiones de los órganos judiciales

---

Sección preparada por María José Cervell Hortal  
y Elena López-Almansa Beaus





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

María José CERVELL HORTAL  
Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS

### I. EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

#### 1. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 227/2007, de 22 de octubre 2007

Recurso de amparo núm. 3382/2005

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas

Una vez más los tribunales españoles se enfrentan al ejercicio de la jurisdicción universal que el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite, teniendo este caso como objeto los delitos de genocidio y torturas sufridos en la República Popular de China desde 1990 por los simpatizantes o pertenecientes al grupo Falun Gong, organización dedicada a la práctica de ejercicios y a la meditación.

En concreto, el Constitucional admite el recurso de amparo contra una sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2005<sup>1</sup> que a su vez negaba el recurso de casación contra el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2004, que inadmitía a trámite la querrela interpuesta contra ciertas autoridades chinas por los delitos mencionados. Los demandantes solicitaban amparo basándose, entre otros preceptos, en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por la interpretación restrictiva que del artículo 23.4 de la LOPJ se había hecho, ya que

\* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales españolas adoptadas entre el 1 de septiembre de 2007 y el 31 de agosto de 2008.

1. Véase el comentario a la misma incluido en PÉREZ SALOM, J. R. y CERVELL HORTAL, M. J., "Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXI (2005), pp. 561-592 (pp. 564-568).

las resoluciones impugnadas se enmarcaban en la controvertida (y ya superada) doctrina que el Tribunal Supremo recogió en su sentencia de 25 de febrero de 2003, conforme a la cual los tribunales españoles sólo podrían ejercer su jurisdicción respecto de determinados crímenes internacionales cuando existiera vínculos de conexión con nuestro territorio que así lo justificaran (entre ellos, que el presunto autor de los delitos se encuentre en España o que alguna de las víctimas sea nacional). El TC, en la sentencia 237/2005, de 26 de septiembre (el denominado caso Guatemala) declaró contraria a derecho esta doctrina del Supremo, obligando a este tribunal a dar marcha atrás en la sentencia 645/2006, de 20 de junio<sup>2</sup>.

El Tribunal, en el caso que ahora nos ocupa, se declara de acuerdo con el argumento esgrimido por los demandantes (FJ 5) y hace suyos todos los razonamientos esgrimidos al respecto en su sentencia 237/2005, en la que se abogó claramente por la jurisdicción universal de los tribunales españoles entendida de manera amplia. En concreto, las partes, en el antecedente 4 b, consideraban justificada la jurisdicción española por falta de independencia de los órganos judiciales de la República Popular de China, por la implicación directa de las más altas instancias del Gobierno de ese país en la comisión de los delitos de genocidio y torturas, por la no tipificación del delito de genocidio en la legislación china (vulnerando así la *Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio* de 1948) y por la imposibilidad de que los presuntos culpables fueran enjuiciados por la Corte Penal Internacional ante la negativa de China de ratificar su Estatuto, agravada por su condición de miembro del Consejo de Seguridad que le permitiría vetar cualquier resolución que ordenara la remisión del asunto a la Corte (posibilidad que, como es sabido, permite el artículo 13 b del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional*).

El Tribunal reitera, además, que la interpretación restrictiva del principio de jurisdicción universal menoscaba el derecho de la tutela judicial efectiva:

“La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados” (FJ 9 de la sentencia 237/2005, reproducido en el FJ 5 de la actual sentencia)

2. Al respecto, PÉREZ SALOM, J. R. y CERVELL HORTAL, M. J., “Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXII (2006), pp. 611-652; en concreto, pp. 611-619 y 621-624, respectivamente.



En definitiva, el TC otorga a los recurrentes el derecho de amparo y se consolida con esta resolución el giro jurisprudencial que se inició en 2005 con la sentencia en el caso Guatemala, reafirmando así el papel de los tribunales españoles como garantes del ejercicio del principio de jurisdicción universal en crímenes internacionales.

## **2. Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 13 mayo 2008**

Recurso de apelación núm. 158/2007

Ponente: Excmo Sr. Angel Luis Hurtado Adrián

El conflicto de Irak y el ataque dirigido el 8 de abril de 2003 contra el Hotel Palestina de Bagdad que tuvo como consecuencia la muerte del cámara español José Couso sigue originando diversas resoluciones de nuestros tribunales.

Tras haber confirmado, no sin polémica, el Tribunal Supremo la jurisdicción española en este asunto (STS 1240/2006, de 11 de diciembre) este auto resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto de procesamiento dictado el 27 de abril de 2007 por el magistrado Santiago Pedraz de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (JUR\2007\130544) contra tres miembros del Ejército norteamericano, al considerar que de ellos partió la orden directa de disparar un proyectil desde un carro de combate que alcanzó el Hotel Palestina, y que provocó la muerte del cámara español de la cadena Telecinco<sup>3</sup>. En el auto de procesamiento se consideraban los hechos como constitutivos de un delito contra la comunidad internacional, en tanto en cuanto los procesados dispararon contra el hotel, pese a ser conscientes de la presencia en el mismo de la gran mayoría de periodistas desplazados a Irak y sin que haya quedado constancia de que, como declararon para justificar su actuación, existiera un francotirador apostado en el hotel.

El auto de la Audiencia Nacional que ahora analizamos deja, pues, sin efecto el auto de procesamiento en lo que atañe al delito contra la comunidad internacional. La Audiencia se basa en el hecho de que no hay razones para entender que el ataque fuera indiscriminado o excesivo (razonamiento jurídico 1º) y en la imposibilidad de probar que el disparo efectuado por el carro de combate

3. Al respecto, véase PÉREZ SALOM, J. R. y CERVELL HORTAL, M. J., "Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXII (2006), pp. 649-653 y, en la misma sección, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXIII (2007), pp. 523-550.

constituyera ataque, represalia o acto de amenaza de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas (que fue otro de los argumentos esgrimidos en el auto de procesamiento de abril de 2007). Asimismo, la Audiencia considera que el disparo tuvo lugar en el seno de un conflicto armado,

“donde hay operaciones bélicas, con disparos propios de tales operaciones, y guarda la apariencia de una típica acción de guerra. Un disparo, no ya desde un carro de combate, sino con cualquier arma en situación no bélica, es presumible que encierre un ánimo doloso, que justificaría un procesamiento, mientras que la misma acción en un conflicto armado, teniendo, como tiene la que aquí nos ocupa, la apariencia de una acción típica de guerra, no puede ser considerada desde el punto de vista subjetivo de igual manera” (razonamiento jurídico 2º).

En la resolución se valora, asimismo, el informe sobre los hechos solicitado en su día a las autoridades estadounidenses. Pese a reconocer, con velada crítica, que el mismo podría haber sido más extenso y detallado, la Audiencia considera que no hay razones para dudar de su veracidad, en tanto en cuanto emana del Departamento de Justicia de Estados Unidos, que tiene el compromiso de llevar a juicio cualquier abuso cometido por las Fuerzas Armadas, sin que sea lógico partir de “genérica desconfianza en las instituciones americanas”. El informe aporta datos que parecen aconsejar el no procesamiento de los imputados, al admitir como muy posible la existencia de tiradores en las inmediaciones del hotel Palestina, pues era corriente la presencia de personal iraquí que en ocasiones desarrollaba acciones bélicas en esa sede (razonamiento jurídico 3º).

En definitiva, en palabras de la Audiencia (razonamiento jurídico 5º):

“los indicios obrantes en las actuaciones no son suficientes para mantener el procesamiento, fundamentalmente porque falta el elemento intencional en la acción, pues, como se viene diciendo, el disparo efectuado desde el carro de combate no es descartable que se realizara en la creencia de que se dirigía contra un elemento hostil, erróneamente identificado, como una mera manifestación de un acto de guerra”.

El órgano judicial hace además suyo el argumento del Ministerio Fiscal para reafirmar lo siguiente:

“la conducta llevada a cabo es la típica en una situación de combate donde la guerra tradicional y convencional da paso a actuaciones de guerrilla y emboscada, como es el caso de los combates que se producen no en campo abierto, sino en cascos urbanos o zonas habitadas: la respuesta, además de ser más complicada, presenta más peligro y dificultad”.



con lo que “no es exigible que los mismos criterios de serenidad y capacidad de análisis con que ahora se trata la cuestión, se pretendan trasladar a la situación de tensión que se padeció en el campo de combate, que, por las circunstancias de riesgo, es natural que coadyuvase a esa creencia en quienes dispararon de que sobre ellos se cernía una amenaza seria y cierta”.

De especial interés resulta el voto particular del magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, en el que se hace constar su discrepancia con la decisión de revocar el auto de procesamiento de los tres militares, criticando sobre todo el argumento esgrimido por la Sala de que se trata de una situación excepcional de grave crisis en el marco de un guerra, que resulta, en palabras del juez:

“... inadmisibles y transmite algo totalmente contrario a lo que pretende el Derecho Internacional Humanitario. Prácticamente se da a entender que en la guerra no hay normas que regulen las conductas de los combatientes ni protejan a las víctimas civiles, que en ella todo es excepcional y casi todo es incontrolable y posible y a la postre justificable por razones de defensa.”

El magistrado considera también que no se ha llevado a cabo una correcta interpretación del delito contra la comunidad internacional recogido en el artículo 611 del Código Penal, sobre todo porque el análisis de los elementos típicos penales se hace de forma sesgada y sin tener en cuenta, como debería hacerse, las normas del Derecho Internacional Humanitario, especialmente los *Convenios de Ginebra* (1949) y sus *Protocolos Adicionales* (1977) y las normas consuetudinarias en la materia.

Se hace constar, asimismo, que pese a que Estados Unidos no haya ratificado los Protocolos (sólo los ha firmado), las normas de protección de víctimas en los conflictos armados le son exigibles en tanto en cuanto han de ser consideradas derecho consuetudinario.

Para analizar las normas que rigen la conducción de las hostilidades respecto de la población civil o las personas especialmente protegidas, el magistrado hace referencia al tratamiento que el Comité Internacional de la Cruz Roja les ha otorgado y al Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 8) con el fin de para concluir, de acuerdo con ambas instancias, que el ataque resulta a todas luces intencional, indiscriminado y desproporcionado contra objetivos civiles, sin que resulte probado que se hayan adoptado las necesarias precauciones.

El magistrado critica de manera especial el informe remitido por el Departamento de Justicia estadounidense, considerándolo insuficiente al entender



que esa investigación no puede sustituir a una de naturaleza judicial, que no consta se haya llevado a cabo en Estados Unidos:

“Es bastante obvio (...) que no se puede calificar de normal relación institucional de cooperación judicial a una situación de denegación puramente administrativa, es decir, no basada en criterios jurisdiccionales estrictos, del auxilio judicial solicitado entre dos Estados, y pretender dar a su contenido pleno efecto jurídico exculpativo de los militares bajo el mando de quien la niega, basándose en una presunción general, pero acrítica, de buena fe y de imparcialidad en la actuación de dichas autoridades. Ello podrá resultar admisible en el plano de lo diplomático, pero no en el de la valoración jurídica de unos hechos de la entidad y características de los investigados”.

En definitiva, si la batalla contra la comisión de este tipo de delitos internacionales parecía haberse ganado al admitirse la jurisdicción de los tribunales españoles en el denominado caso Couso, la decisión de no admitir el procesamiento de los tres militares inculcados impide, de momento, saborear plenamente las mieles de la victoria. Por otro lado, la interpretación restrictiva que de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos por la que se opta hace flaco favor al Derecho Internacional Humanitario, corriendo el riesgo de convertirse en pudiendo esta línea interpretativa en un pobre precedente para casos similares en el futuro.

## II. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

### 1. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 235/2007, de 7 noviembre

Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152/2000

Ponente: Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo

El alto tribunal conoce en este supuesto de una cuestión de inconstitucionalidad respecto a ciertos incisos del artículo del Código Penal que tipifica el delito de genocidio. Si bien la fundamentación de la sentencia atiende primordialmente a consideraciones de Derecho interno, se encuentran también algunos pasajes de interés para los iusinternacionalistas, al referirse a textos internacionales.

En el fundamento jurídico quinto se destacan las sentencias del TEDH sobre los límites de la libertad de expresión. Más adelante, en el octavo, se traen a colación pronunciamientos del mismo Tribunal (TEDH) sobre el discurso del odio como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe





incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión y se acaba afirmando que la mera negación del delito de genocidio resulta inane. Por último, el voto particular del Magistrado García-Calvo y Montiel reseña como elemento de refuerzo argumental el contenido del *Convenio de Nueva York para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, y determinados preceptos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la *Declaración de Derechos Humanos* y el *Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y sus Libertades Fundamentales* de 1950.

## 2. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 244/2007, de 10 de diciembre

Recurso de amparo núm. 5546/2004

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes

A raíz del recurso de amparo presentado ante la revocación de sentencia que condenaba al Gobernador Civil de Guipúzcoa por vulneración del derecho honor de un presunto miembro de ETA, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la aplicación del *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

En definitiva, se trata de determinar la esgrimida violación de tal derecho en relación con el derecho a la presunción de inocencia, también recogido en el referido tratado internacional. A este respecto, se menciona sentencia del TEDH (10-2-1995) por tratarse de un supuesto similar a juicio del Ministerio Fiscal (antecedente de hecho 9) y el demandante de amparo.

Sin embargo, tras traer a colación jurisprudencia del TEDH sobre la presunción de inocencia, el Tribunal rechaza con rotundidad la pertinencia de pronunciarse sobre tales violaciones de textos internacionales, con la siguiente argumentación:

“dado que en la demanda de amparo se invocan autónomamente como lesionados diversos preceptos del Convenio europeo de derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 6.2 CEDH) y del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (arts. 14.2 y 17.1 PIDCP), debemos reiterar nuevamente que no le corresponde a este Tribunal, al conocer en recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de textos internacionales que obliguen a España, sino únicamente comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser

interpretados de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (así, recientemente la STC 110/2007, de 10 de mayo, FJ 2 c), y las allí citadas)" (Fundamento de Derecho 2).

Y es en el fundamento jurídico 6 en el que determina las diferencias existentes entre la sentencia del TEDH aducida por el demandante de amparo y el supuesto ahora enjuiciado.

### **3. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 247/2007, de 12 de diciembre**

Recurso de amparo núm. 7288/2006

Ponente: Excmá. Sra. Dña. Elisa Pérez Vera

Otra demanda de inconstitucionalidad destacable en el período analizado se refiere al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EACV), con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006 que incorpora al mismo un catálogo de derechos entre los que se encuentra el que tiene por objeto el agua de calidad y el aprovechamiento de los excedentes de otras cuencas (art. 17.1).

El Tribunal, en un fallo desestimatorio acompañado de varios y destacados votos particulares, contiene numerosas referencias a los textos internacionales que inciden en la naturaleza del derecho al agua. Tras analizar varias cuestiones de orden procesal y examinar diversos aspectos sustantivos previos tales como la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía regulen derechos de los ciudadanos, dedica los fundamentos de derecho dccimooctavo y siguientes a examinar la constitucionalidad del precepto impugnado.

Pero dejando de lado las consideraciones de Derecho interno, conviene reflexionar sobre los aspectos internacionales del texto sometido a examen. Por un lado, el Letrado del Gobierno aragonés (demandante) refiere el contenido del derecho al agua objeto de la contienda en Derecho Internacional y lo coteja con el texto del Estatuto valenciano. Sostiene precisamente que, en este ámbito, la fundamentación jurídica se construye sobre los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que no proclaman propiamente un derecho al agua, sino los derechos a una calidad de vida adecuada y a la salud. Y es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su sesión del 11 al 29 de noviembre de 2002, el que los ha vinculado con "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico", confiriéndole un contenido mínimo que lo asocia con los derechos consagrados en la Declaración Universal de 1948. En relación a este Comité, advierte tam-

bién dicho Letrado que la interpretación que efectúa del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* no puede ser parámetro de constitucionalidad del precepto estatutario recurrido, “máxime cuando el derecho en éste reconocido, sólo vinculante para los poderes públicos valencianos, queda sujeto a lo que disponga la ley, especialmente la dictada por las Cortes Generales, y no atribuye ningún derecho absoluto a los valencianos en detrimento de los demás españoles”.

En otro orden de consideraciones, las Cortes Valencianas alegan que el derecho del art. 17.1 EACV no puede interpretarse únicamente como sinónimo del derecho a la vida y “es coherente con las fuentes interpretativas del Derecho Internacional, que formula un derecho al agua como derecho emergente en el ámbito internacional sin referencia alguna a la naturaleza jurídica del agua (Recomendación 1731 (2006) del Consejo de Europa, de 21 de enero, y IV Foro Mundial del Agua)”. En este punto se subrayan las repercusiones de tal naturaleza, “para los internacionalistas, este derecho emergente se configura como un derecho de tercera generación que afecta a un bien que es patrimonio común, cuando no universal, por lo que su defensa compete a todos y exige la renuncia a los privilegios injustificados. En este sentido, los redactores del Estatuto no han querido conceptualizar el nuevo derecho al uso común del agua, ni el derecho al abastecimiento municipal, ni el derecho a los distintos usos privativos del agua, sin perjuicio de lo que corresponda reconocer como servicio público derivado del reconocimiento de los derechos citados. Tampoco cabe asociar el art. 17.1 EACV a la garantía de unas ‘condiciones humanas mínimas de existencia’, que hoy día parecen salvaguardadas para la mayoría de los españoles. Muy al contrario, el derecho en cuestión ha de servir también a los valencianos para ‘poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la ley’, que también puede ser ley del Estado”. En base todo ello, manifiestan que el precepto no se separa completamente del contenido de los arts. 11 y 12 del Pacto y está en línea con los planteamientos internacionalistas que también comprenden en el derecho al agua la idoneidad de los recursos hídricos para propiciar dinámicas económicas y empresariales en los países en vías de desarrollo.

#### **4. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 12/2008, de 29 de enero**

Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069/2007

Ponente: Excm. Sra. Dña. Elisa Pérez Vera.

Se refiere la presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife,

acumulada con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, al art. 44 bis de la *Ley Orgánica 5/198 de 19 de junio del Régimen Electoral General* que fue introducido por la disposición adicional segunda de la *Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

Sin entrar de lleno en los argumentos de fondo en cuanto a los preceptos constitucionales presuntamente vulnerados, se observa cómo las partes se sirven de diversos textos internacionales para fundamentar sus posturas. Y es el máximo intérprete de la Constitución Española el que determina el diferente valor jurídico que debe reconocerse a cada uno de los textos y las limitaciones de los mismos en cuanto a la concreción de los instrumentos tendentes a la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres.

El órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad menciona el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (antecedente 3). El Abogado del Estado que interesó la desestimación de la cuestión cita, además del anterior texto, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer* de 1952, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y varias declaraciones emanadas de conferencias internacionales (antecedente 7.b). También se encuentran referencias a los instrumentos internacionales en el escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado (antecedente 9), quien explicita la cobertura jurídico-internacional de la promoción real de la igualdad femenina.

En efecto, todas las partes manejan a favor y en contra de la constitucionalidad de las normas impugnadas argumentos tomados del Derecho Internacional. Pero, sin dudar de su relevancia, el TC recuerda la consolidada jurisprudencia que, acogiendo la doctrina, afirma que los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal. Cuestión distinta es la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2) a determinados instrumentos de Derecho internacional (convenios internacionales) como criterio interpretativo de los derechos fundamentales.

No obstante, centrados en el caso que nos ocupa, el órgano enjuiciador determina el limitado contenido de todos estos textos, que si bien pone de relieve “que la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos”, carece de previsiones sobre los concretos instrumentos utilizables por los Estados para darles cumplimiento (fundamento jurídico 2).

Finalmente, debe tenerse en cuenta el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata, en el que, por lo que tiene que ver con los aspectos *iusinterna-*

*cionales* tratados, incide en los destinatarios de las normas y la temporalidad de las medidas de discriminación positiva. En concreto, expone lo siguiente:

“El propio Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, de 18 de diciembre de 1979 que (...) es todavía la norma de Derecho internacional convencional más avanzada en esta materia, el previo Convenio de Nueva York de 1953 sobre derechos políticos de la mujeres y la Resolución núm. 169 de 1988 del Parlamento europeo, no contienen un llamamiento dirigido a los Gobiernos o a los Parlamentos nacionales, sino a los partidos políticos. De otra parte, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer contempla medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, pero que cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato (art. 4). Y es que, efectivamente, lo consustancial a las medidas de discriminación positiva es su carácter temporal como consecuencia lógica de la consideración de que el hombre y la mujer son por esencia iguales en derechos y en dignidad humana. Sin embargo el art. 44 bis, introducido por la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, más que mejorar la posición de partida de las mujeres para que éstas puedan alcanzar un determinado resultado –acceder a cargos de representación política en igualdad de condiciones con los hombres–, antes que esto, lo que persigue es imponer directamente un resultado puesto que, en un sistema de listas electorales cerradas con alternancia impuesta, la igualdad de oportunidades se transforma en igualdad de resultados”.

**5. Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)  
núm. 667/2008, de 10 de julio**

Recurso de casación núm. 11204/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

El Tribunal Supremo no admite que en este caso se haya producido la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que reconocen los artículos 24.2 y 120.1 de la Constitución y 6.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, tal y como pretendía el recurrente, condenado por un delito de violación de un menor. En concreto, frente a la alegación por aquél de que se había contravenido el principio de publicidad al haberse celebrado el juicio a puerta cerrada, el Tribunal se apoya, entre otros instrumentos jurídicos, en varios tratados internacionales, así como en la jurisprudencia del TEDH para determinar la válida celebración del juicio en tales circunstancias, pues así lo exigían las especiales características del mismo y lo justificaba la especial protección que debe brindarse a un menor. Respecto del principio de publicidad, el Tribunal establece lo siguiente:

“Una de las máximas garantías del proceso, sobre todo en el orden jurisdiccional penal, es el principio de publicidad establecido en los arts. 680 LECrim,

232 LOPJ y en el art. 120 CE, elevándolo el art. 24.2 CE al rango de derecho fundamental y dicho principio ocupa, sin duda, una posición institucional destacada en el Estado de Derecho y constituye uno de los medios de preservar la confianza en los Tribunales (SSTEDH 'Preto' y 'Axen', ambas de 8.12.83). Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto por cuanto la interpretación del art. 24.2 CE ha de hacerse a partir de su art. 10.2, de acuerdo con los Tratados Internacionales y todos ellos son coincidentes –como expresó la STC 62/82, de 15 de octubre– en reconocer el derecho pero también sus limitaciones; del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y del art. 6.1 Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se deduce que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencia durante la celebración del juicio oral puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática que estén previstas en las Leyes” (razonamiento jurídico 1º)

El auto invoca, asimismo, para justificar la especial protección a los menores, la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989, que España ratificó en 1990, la *Carta Europea de los Derechos del Niño* (aprobada por resolución A-301712/92 del Parlamento europeo) y en la que se precisa (exposición de motivos) que “el niño, en su calidad de ser humano y en su condición de ciudadano de cualquier Estado miembro de la Comunidad, es acreedor de todos los derechos reconocidos por la Convención Europea de los Derechos del Hombre y las Constituciones Nacionales”. El Tribunal señala que esta norma es aplicable a España en virtud del artículo 96 CE que, como sabemos, es el que reconoce que los tratados internacionales válidamente celebrados forman parte de nuestro ordenamiento jurídico una vez que sean publicados oficialmente.

### III. DERECHO DEL MAR

#### **1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 788/2007, de 8 de octubre**

Recurso de amparo núm. 198/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

#### **2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 1092/2007, de 27 de diciembre**

Recurso de casación núm. 1164/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Las dos sentencias que ahora recogemos inciden en la delimitación de la jurisdicción española con motivo de un supuesto de inmigración ilegal en que

una patrullera captura en alta mar una patera procedente de la costa africana y sin nacionalidad. La similitud de ambos casos nos permite centrarnos sólo en el segundo de ellos, pudiendo aplicarse al primero idéntico razonamiento.

En el segundo de los casos (sentencia de 27 de diciembre de 2007), tras un primer fallo desestimatorio de la Audiencia Provincial de Granada, y a raíz del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, el Alto Tribunal, sobre la base de anteriores pronunciamientos (STS 198/2007 de 8 de octubre) repasa los principios que determinan la jurisdicción española (territorialidad, protección de intereses estatales y de nacionalidad, y universalidad) para acabar reiterando que

“Por consiguiente, si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario. Por último, el criterio residual del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune, habida cuenta –como ya hemos dicho - que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general”.

Es llegado este punto de la fundamentación jurídica, que el juez sentenciador trae a colación los convenios internacionales aplicables al caso (*Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* de 15 de noviembre de 2000, *Convención de Montego Bay* de 1982, *Convención de Ginebra* de 1958...) y especialmente el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, en cuyo artículo 8.7 establece que “todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda”.

Sobre la base de tales textos y a la luz del supuesto enjuiciado, el Tribunal halla la pertinente conexión entre la causa y los intereses nacionales, pues ante la ausencia de nacionalidad del buque, que justificaría la jurisdicción de otro Estado y siendo patente la operación de inmigración ilegal y clandestina para penetrar en territorio español, la aplicación del artículo 23.4.h LOPJ en relación con el 8.7 del mencionado Protocolo determina que los hechos son competencia de la jurisdicción española.



### **3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 1121/2008, de 3 de enero**

Recurso de casación núm. 895/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

He aquí otra más de las sentencias del Alto Tribunal en las que, con ocasión de asunto sometido a su examen por recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia desestimatoria por falta de jurisdicción, ha de dilucidar si existe inaplicación del artículo 23.1 y en su caso del artículo 23.4.h de la LOPJ en relación con un delito contra los ciudadanos extranjeros. En este caso, el juzgador de instancia declina tal jurisdicción al estimar que, para aplicar el artículo 15.2.c.i de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, se requiere que el Estado español dicte normas internas que le permitan hacer uso de la facultad atribuida en la Convención.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo aprecia la jurisdicción de España para conocer del caso, habida cuenta de que el Derecho interno español cuenta con las medidas necesarias para la eficacia de los pactos internacionales en lo que atañe al Derecho Penal y en lo que se refiere a la extensión de su jurisdicción. Para ello, parte de los artículos 1, 6, 8, 11.2 y 15.2 del Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes en relación al art. 5 de la *Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional* y los aplica al supuesto de autos. Esto significa que el Derecho interno faculta para la extensión jurisdiccional según el artículo 23.4.g LOPJ conforme a la cobertura jurídica del correspondiente precepto del Código Penal, y sin necesidad de acudir a otros principios como el de territorialidad o protección.

No obstante, uno de los magistrados de la Sala formula voto particular y manifiesta su discrepancia con la anterior argumentación jurídica que determina la jurisdicción española en este caso. A su modo de ver, ésta se fundamenta en el principio territorial y los criterios jurisprudenciales que establecen el lugar de comisión del delito en virtud de la decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 3 de febrero de 2005. Y la cita del Protocolo es superflua, habida cuenta de la dudosa existencia de un grupo delictivo organizado (lo que constituye el presupuesto procesal que debe acreditarse para que resulte aplicable el Protocolo y a través de él la Convención de la ONU), además de las siguientes consideraciones que reproducimos:

“el Protocolo no contiene normas sobre el ámbito territorial de validez de las normas cuya tipificación se prevé... porque es una materia que, en principio, corresponde a cada Estado... Por lo tanto, una adecuada fundamentación de la jurisdic-



ción española no debe ser deducida de donde no es posible deducirla y de donde, en todo caso, no es necesario hacerlo. Las disposiciones del Protocolo que autorizan legislar tipificando ciertos delitos, nada dicen sobre la jurisdicción y ésta no se deriva de la facultad para visitar y registrar el buque. La Convención de la ONU contra la delincuencia organizada en su art. 15.c, i), por lo demás, no hace sino repetir, de una manera que permita unificar diferencias legislativas en la materia, la misma solución que se desprende de nuestro derecho interno, es decir, la que se basa en el principio territorial y la teoría de la ubicuidad”.

#### **4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 122/2008, de 18 de febrero**

Recurso de casación núm. 10424/2007

Ponente: Excmo Sr. D. Luis Román Puerta Luis

Puede afirmarse que la sentencia objeto de análisis condensa la línea jurisprudencial mayoritaria en cuanto a la extensión de la jurisdicción española en casos de embarcaciones sin pabellón que son rescatadas en alta mar. En este supuesto en concreto, refiriéndose a la desestimación de recursos de casación interpuestos por los condenados.

En efecto, encontramos en el desarrollo de los fundamentos jurídicos segundo, séptimo, noveno y décimo, una exposición detallada y clara de la argumentación en virtud de la cual los tribunales españoles pueden conocer de delitos contra los ciudadanos extranjeros tipificados en el Código Penal cuando la embarcación en la que viajan es interceptada aún fuera de las aguas bajo soberanía española, sin pabellón y con elementos claros que reflejan la pretensión de penetrar clandestinamente en territorio español. En tales casos, según se recoge en el primero de los fundamentos citados, y se pone de manifiesto en otras sentencias

“para pronunciarse sobre esta cuestión, es preciso tener en cuenta: a) que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad Internacional que, de ordinario, guarda una relación muy próxima con la denominada ‘delincuencia organizada transnacional’; b) que la Convención de 15 de noviembre de 2000, persigue... ‘promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional’; c) que el Protocolo que complementa la anterior Convención establece, en su artículo 7, que ‘los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar’; d) que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar establece que la navegación por alta mar ‘se ejercerá en las condiciones fijadas

en esta Convención y por las otras normas de derecho internacional' (v. art. 87.1); y, e) que el art. 4 de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 establece que 'todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarbolan su bandera', previniéndose en el art. 12.2 de dicha Convención que 'el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar'".

Seguidamente, se considera la naturaleza del delito (de mera actividad) y su consumación por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; lo que supone que en el caso que nos ocupa el delito se había consumado antes de ser localizada la embarcación y remolcada a un puerto español. Y es entonces cuándo el TS se detiene a examinar el articulado de la LOPJ que fundamenta la jurisdicción en este caso concreto: los preceptos 21.1 y 23.4.h). En virtud de tales disposiciones

"la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, cuando se trate de cualquier delito 'que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España' (v. art. 23.4, h) LOPJ)", como sucede en el supuesto de autos en que "la embarcación en que viajaban los acusados y los noventa y cuatro pasajeros subsaharianos carecía de pabellón... todos los pasajeros de dicha embarcación se dirigían hacia las Islas Canarias con la pretensión de penetrar clandestinamente en territorio español,... la embarcación fue localizada a la deriva, a unas treinta millas de la isla de El Hierro, al habersele agotado el combustible...".

##### **5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 229/2008, de 15 de mayo**

Recurso de casación núm. 10896/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

El Tribunal Supremo se pronuncia nuevamente sobre la inaplicación del referido *Convenio relativo al Derecho del Mar* (Montego Bay) y otro sobre el tráfico de estupefacientes (Protocolo y Convención de Naciones Unidas de 1988), en un supuesto de abordaje de un barco de pabellón británico cuyo tripulante pertenecía a una organización dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes.

Es en el recurso de casación del condenado en el que se propicia la intervención del tribunal en este punto, a resultas de la denuncia de la parte proce-



sada por inaplicación de los artículos 561 LECrim en relación con los artículos 97.3 y 108 del Convenio de Montego Bay y el artículo 17 de la Convención de Naciones Unidas de 1988.

Y en el Fundamento de Derecho Cuarto, el órgano jurisdiccional no deja lugar a dudas sobre la correcta aplicación del procedimiento previsto en tales convenios para el abordaje del buque en cuestión, señalando al propio tiempo que aún en caso de adolecer de la autorización para la inspección tal incumplimiento no afectaría a la prueba sino a las relaciones internacionales entre los estados implicados. En palabras del tribunal:

“el auto por el que se concedió autorización para el abordaje y que permitió el registro inicial del buque fue correcto sin que adolezca de nulidad alguna, máxime si se tiene en cuenta, como ha recordado esta Sala en SS. 19.9.2005 y 20.1.2007: ‘la conclusión respecto de la licitud en la obtención de la prueba...’ no se ve alterada por el hecho de la existencia, o no, del permiso por parte de las Autoridades de la nación de abanderamiento del buque, para realizar el referido abordaje. La intervención del Estado que ejerce la soberanía en aguas internacionales, remite a las normas que regulan las relaciones entre las respectivas naciones, de acuerdo con lo dispuesto en Convenios tales como el de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, o el de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982, pero, en modo alguno, su finalidad es la protección o tutela de derechos fundamentales de carácter personal, de cuya infracción, según nuestro ordenamiento y en concreto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hubiera de derivarse nulidad probatoria alguna. Por tanto, se trataría, en todo caso, de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas.

Como igualmente manteniendo en las SSTs. 1562 /2003 de 25.11 y 209/2007 de 9.3, que recuerdan que ‘el incumplimiento de la norma que prevé estas autorizaciones no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio derecho penal internacional. En efecto, al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados, pero claramente ajena, por lo tanto, al presente proceso. En todo caso puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencia a la valoración de la prueba obtenida’, máxime –precisa la última sentencia citada 209/2007– cuando las normas de Derecho Penal Internacional, contenidas en el art. 23 LOPJ, establecen, sin duda, la competencia universal de la jurisdicción española para conocer de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes”.



#### IV. DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA IMPUESTA

##### 1. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 29/2008, de 20 febrero

Recurso de amparo núm. 1907/2003 y 1911/2003

Ponente: Sr. Pascual Sala Sánchez

El Tribunal Constitucional se enfrenta en este caso a la cuestión de la revisión en segunda instancia del fallo condenatorio y la pena impuesta, sin que su doctrina difiera de la del Supremo y de la que él mismo viene defendiendo desde hace años<sup>4</sup>. De hecho, la consolidación de esta doctrina ha tenido como consecuencia el descenso en el número de sentencias que contemplan la cuestión<sup>5</sup>, siendo cada vez menos frecuente que los recurrentes acudan a esta vía para argumentar sus razonamientos.

En concreto, se insiste una vez más en la compatibilidad del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 con la revisión en casación de las sentencias condenatorias dictadas en instancia

“siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado”.

4. El origen del problema se remonta al año 2000, en el que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió un dictamen (Dictamen de 20 de julio, doc. UN CCPR/C/69/D/701/1996, de 11 de agosto de 2000, párr. 11.1. Una nueva condena obtenía España en 2005 (Comunicación nº 1095/2002, doc. CCPR/C/84/D/1095/2002, 26 de agosto de 2005) declarando el incumplimiento por parte del Estado español del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantiza ese derecho. El dictamen originó una resolución del Pleno de la Sala de lo Penal (13 de septiembre de 2000) en la que se declaró que el recurso de casación constituía un recurso efecto en el sentido del artículo 14.5 del Pacto, al tiempo que señalaba la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación del Tribunal.

5. Basta comparar el número de sentencias que en años anteriores incluíamos en este apartado con las actuales.

Esta interpretación, como afirma el Tribunal, es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los arts. 6.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y 2 del *Protocolo* número 7 del mismo (así, sentencia de 13 de febrero de 2001, en el caso *Krombach c. Francia*, que declara conforme al art. 2 del protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del derecho).

El Tribunal realiza a continuación una, cuando menos, peculiar interpretación de la aplicación de instrumentos internacionales no ratificados por España. En concreto afirma que, si bien es verdad que nuestro país no ha ratificado el *Protocolo 7* al *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cuyo artículo 2 reconoce excepciones al derecho de revisión por un tribunal superior en caso de sentencia condenatoria y que, por tanto, el instrumento no sería en principio aplicable, esta conclusión no sería defendible al entender que las excepciones previstas por el *Protocolo 7* son perfectamente aplicables en tanto en cuanto obedecen “a la racionalidad del precepto y ello con independencia de que el instrumento que la recoge no haya sido aún incorporado a nuestro Ordenamiento jurídico interno”. Precisión, a nuestro entender, peligrosa porque ¿cómo medir la racionalidad de un precepto?. Parece que una connotación tan subjetiva como la “racionalidad” no debiera regir para suplir carencias ante supuestos contemplados por un instrumento que un Estado aún no ha ratificado. El Tribunal, con todo, sigue afirmando, además, recogiendo una sentencia previa (STC 296/2005, de 21 de noviembre, lo siguiente:

“No forma parte esencial de la que incorpora el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como instrumento de interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) la constituida por la existencia en todo caso tras una condena penal de la posibilidad de un pronunciamiento posterior de un tribunal superior, pronunciamiento que podría ser el tercero en caso de que la resolución inicial fuera absolutoria o incluso en caso de que la de revisión aumentase la pena inicialmente impuesta. Lo que en este contexto exige el contenido de la garantía, que se ordena tanto al ejercicio de la defensa como a la ausencia de error en la decisión judicial, es que en el enjuiciamiento de los asuntos penales se disponga de dos instancias... esta doctrina jurisprudencial es coherente con la previsión del art. 2 del protocolo núm. 7 al *Convenio Europeo* para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado aunque no ratificado por España, que considera conforme con el derecho al recurso en materia penal que no se prevea el acceso a la revisión por un tribunal superior para quienes hayan sido declarados culpables y condenados a resultas de un recurso contra su absolución”.

El Tribunal se apoya, asimismo, en algunos tratados internacionales para afirmar que en ellos tampoco se ha previsto un recurso ordinario añadido al de apelación:

“Tampoco es ocioso recordar en este contexto que ni la Corte Penal Internacional (arts. 81 y ss. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998), ni los Tribunales internacionales para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia [art. 25 de su Estatuto, aprobado por Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas] y para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda [art. 25 de su Estatuto, aprobado por Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas] prevén en los procedimientos penales en los que son competentes un recurso ordinario añadido al de apelación, tampoco para los supuestos en los que la condena se impone en dicha sede tras una primera sentencia absolutoria” (F. 3 STC 296/2005, de 21 de noviembre ).

## **2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 227/2008, de 7 mayo**

Recurso de casación núm. 10897/2007

Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta

La denegación de un recurso de casación interpuesto por uno de los recurrentes, condenado por un delito de violación, es el objeto de esta sentencia que permite conocer, una vez más, la opinión del alto tribunal en lo que se refiere al derecho de revisión en segunda instancia del fallo condenatorio y la pena impuesta que garantiza el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. El Tribunal no hace sino reiterar lo que ya viene siendo habitual y como tal se ha registrado en los últimos años en esta recopilación de jurisprudencia (de hecho, la sentencia anterior a ésta, del TC, defiende idéntica línea argumental): el artículo del Pacto no se refiere a una segunda instancia en sentido estricto, sino a una revisión de la condena y la pena y, si bien es cierto que durante años, antes de la vigencia de la Constitución, el recurso de casación no se ajustaba a las exigencias del Pacto, tanto el texto constitucional como la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985 posibilitaron la revisión, a lo que debe unirse la labor de la jurisprudencia que, consciente de las limitaciones que ofrecía el sistema español, se mostró durante años muy flexible con la posibilidad de valorar nuevamente las pruebas en el recurso de casación. Es más, la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de di-*



ciembre<sup>6</sup>, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofreció una solución, al declarar su exposición de motivos 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”.

En el caso concreto que nos ocupa el recurrente alega que es necesario que la decisión jurisdiccional de valorar las pruebas pueda ser objeto de revisión por un tribunal superior que atienda al análisis de la prueba; a su práctica en condiciones de licitud y de regularidad, por la observancia de los principios constitucionales y legales que actúan en esa valoración; al análisis del carácter de prueba de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal aplicado y de las circunstancias concurrentes que incidan sobre la mayor o menor gravedad del injusto y la mayor o menor culpabilidad del responsable penal, pues sólo así se cumpliría con la exigencia de revisión.

El Tribunal recuerda que ya se han resuelto en el pasado impugnaciones semejantes (sentencias 762/2001, de 30 de abril o 1869/2000 de 4 de diciembre) y que, tal y como en su momento se indicó, ni el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* ni el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* requieren la celebración de un nuevo juicio con repetición de prueba. Esa opción, como antes se dijo, no añadiría ninguna garantía en el enjuiciamiento, sino sólo unas costas al proceso, económicas y de victimización secundaria, difíciles de soportar. Lo que requieren los tratados es que el ejercicio de la función jurisdiccional de valorar las pruebas del enjuiciamiento, con resultado condenatorio puedan ser revisadas por un Tribunal Superior y, concretamente, que

“el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley. La inteligencia actual del recurso de casación, sobre todo a partir de la promulgación del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, posibilita ese sometimiento del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, en este caso, ante el Tribunal Supremo, como así lo han declarado tanto esta Sala, como el Tribunal Constitucional (Sentencia 42/82, 60/85), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Loewengoth y Deperrius) al posibilitar a los Estados signatarios del Convenio a decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen de un enjuiciamiento” (Fundamento de Derecho 3°).

6. BOE de 26 de diciembre de 2003.



## V. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

### I. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 236/2007, de 7 de noviembre

Recurso de inconstitucionalidad núm. 1707/2001

Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde

Esta sentencia es quizás una de las pruebas más claras acerca de cómo la jurisprudencia española, obligada por el artículo 10.2 de la Constitución, interpreta una serie de derechos fundamentales conforme a los convenios y tratados internacionales vigentes en la materia y apoyándose la jurisprudencia emanada de otros tribunales de carácter supranacional.

El recurso de inconstitucionalidad analizado tiene por objeto doce puntos del artículo 1 de la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social*, por entrar en contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, los cuales en virtud del art. 10.2 de la Constitución Española “se convertirían en canon de la constitucionalidad de las Leyes españolas” (FJ 5°).

El Tribunal realiza interesantes precisiones respecto del artículo 10.2 y, en concreto, de cómo entender el término “interpretación” (FJ 5°), basándose de hecho en su jurisprudencia anterior:

“[el artículo 10.2 CE]... no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional (Sentencia 641/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)”.

El Tribunal considera, asimismo, que el artículo 10.2 se limita “a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las



mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios”. Así, si el legislador adopta decisiones que limitan o reducen el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, no el artículo 10.2.

Se precisa, asimismo, que “una eventual contradicción de los Tratados por las Leyes o por otras disposiciones normativas tampoco puede fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una Ley por oposición a un derecho fundamental”, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse “de conformidad con la Declaración universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2 CE). Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría *per se* el tratado en medida de la constitucionalidad de la Ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional (Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, F. J. 5).

En suma, cuando el legislador español regula los derechos extranjeros no está limitado directamente por el artículo 10.2, sino que debe más bien ajustarse al artículo 13 de la *Constitución Española* que le permite establecer restricciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros en España, siempre y cuando no afecten al contenido del derecho según lo que establecen los tratados internacionales

Conforme a estos criterios, el Tribunal realiza un examen de todos los preceptos impugnados, analizándolos a la luz de los tratados que vinculan a España y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, lo que le lleva a estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Navarro.

## **2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)**

**núm. 1002/2007, de 26 noviembre**

Recurso de casación núm. 327/2007

Ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis

En atención al artículo 10.2 de la Constitución española, los recurrentes, condenados por un delito de tráfico de drogas, invocan preceptos incluidos en



instrumentos internacionales sobre derechos humanos (*Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Declaración Universal sobre los Derechos Humanos*). El Tribunal se hace eco de las disposiciones alegadas en el Fundamento de Derecho 3º y, apoyándose en el artículo 10.2 de la Constitución Española, interpreta los preceptos conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el secreto de las comunicaciones (caso *Abdulkadir Coban contra España*, sentencias *Kruslinm* 1990 y *Huvig*, de 1990 y *Lambert*, de 1998).

### **3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª)**

**núm. 1045/2007, de 17 de diciembre**

Recurso de casación núm. 315/2007

Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater

En este caso el Tribunal realiza una interpretación acerca de la expresión derechos fundamentales y si la acción popular que contempla el artículo 125 CE pudiera considerarse incluirse en tal categoría. La Sala considera que, pese a que la cuestión puede ser controvertida y sin solución única en jurisprudencia, pues la STS 702/2003 afirmó que la acción popular era un derecho fundamental, es de la opinión de no estamos ante uno de estos derechos que la Constitución recoge en el Capítulo segundo del Título I. Se apoya para ello no sólo en la letra de la CE, sino en la interpretación de la misma conforme “conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, como lo impone el art. 10.2. CE, dado que esos tratados no prevén la acción popular entre los derechos que protegen” (FJ 2º).

### **4. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 48/2008,**

**de 11 de marzo**

Recurso de amparo núm. 2784/2004

Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde

Esta sentencia es otro ejemplo del respeto por parte de nuestros tribunales al artículo 10.2 de la Constitución Española que, como es sabido, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos humanos y los tratados y acuerdos sobre las materias ratificados por España”. Al mismo tiempo, la cuestión de fondo es la que

tratábamos en el apartado anterior (revisión en segunda instancia del fallo condenatorio), habiendo optado por incluir la sentencia en este apartado y no en el anterior por el profuso recurso que en ella existe a jurisprudencia de tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

El objeto del asunto es un procedimiento penal por un posible delito contra la propiedad industrial (importación y comercialización de productos que reproducían una conocida marca internacional registrada sin el consentimiento del titular de tal derecho). La segunda apelación que se hizo contra la sentencia absolutoria pretendía una nueva práctica de la prueba, que fue denegada por el tribunal de apelación, que confirmó el fallo absolutorio.

El Tribunal considera, en línea con su postura tradicional, que la Constitución, “interpretada conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España (art. 10.2 CE) no impone que tal revisión comporte una nueva valoración de las pruebas, ni con ello la reiteración de la práctica de las mismas ante el órgano judicial revisor...”. (FJ 2º).

Se reitera, asimismo, que si bien el derecho al recurso en segunda instancia no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE, “toda vez que dicha exigencia, establecida en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha quedado incorporada a las garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal a través de la previsión del art. 10.2 CE...”,

El Tribunal precisa que según el artículo 14.5 del Pacto, que establece que todo aquel declarado culpable de un delito tendrá derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un Tribunal superior, no necesariamente la segunda instancia ha de ser la solución, bastando una sumisión del fallo y de la pena a un tribunal superior, sumisión que se someterá a diferentes modalidades según el país de que se trate. El Tribunal entiende que para la condena por determinados delitos (FJ2º) esta sumisión la procura en nuestro ordenamiento el recurso de casación, reproduciendo parte de la sentencia 123/2005: :

“...este Tribunal ya ha admitido y reiterado la aptitud de la casación penal para cumplir las exigencias del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, señalando que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el



caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2001), caso *Krombach c. Francia*, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho” (FJ 2º).

Obsérvese que, nuevamente y, como de hecho, hemos comprobado en las sentencias anteriores que es habitual para este tipo de supuestos y, sobre todo, respecto de este texto<sup>7</sup>, se hace valer un instrumento internacional no ratificado por España (Protocolo 7 al CEDH), pese a que la letra del artículo 10.2 de la Constitución contempla sólo los tratados y convenciones *ratificados* por España.

## VI. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO

### 1. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta), de 15 de diciembre

Recurso contencioso-administrativo núm. 3/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Benito Moreno

El supuesto enjuiciado en este caso reviste particular interés, por someter al examen de la Audiencia una posible vulneración de derechos recogidos en diversos preceptos constitucionales incluido el derecho de asilo contenido en el art. 13.4 de la norma de cabecera de nuestro ordenamiento jurídico interno, y cuestionar al propio tiempo la adecuación a Derecho de la actuación administrativa española.

En efecto, en el presente asunto se plantea al órgano jurisdiccional una posible actuación incorrecta de la Administración, tras el rescate de un buque a la deriva, posterior atención de los inmigrantes por razones humanitarias en territorio mauritano conforme a la autorización recabada de la República de

7. Lo mismo puede predicarse de sentencias de años anteriores, como quedó plasmado en los comentarios que de ellas se hicieron respecto de la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución española por nuestros tribunales.



Mauritania y final conducción de la mayoría de ellos a sus países de origen o terceros países que desean acogerlos. Porque 23 de ellos se niegan en rotundo a cualquier desplazamiento, lo que motiva la argumentación del recurso de casación por vulneración de los derechos de los artículos 15, 17, 1 y 2 y 24 de la Constitución española.

En el desarrollo de la fundamentación jurídica de su fallo, la Audiencia determina la correcta actuación de las autoridades españolas, en cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas en la *Convención de Naciones Unidas para el Derecho del Mar* de 1982, el *Convenio Internacional de la Vida Humana en el Mar* de 1974 y el *Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo* de 1979. Tales compromisos se concretan en las siguientes obligaciones: “de atender a los mensajes de SOS emitidos por el (buque) cuando navegaba a la deriva por aguas internacionales, de acudir en su rescate, de poner a salvo a los naufragos en tierra firme, e incluso de prestarles asistencia médica y humanitaria... reguladas (no) en normas de derecho interno, sino en virtud del derecho internacional” (FD 8º).

Y el cumplimiento de los anteriores compromisos internacionales, prosigue subrayando la Audiencia, no genera ningún derecho de entrada a España para las 23 personas que se niegan a ser conducidas a sus países de origen. Por lo que las aducidas violaciones de derechos son inexistentes, más aún por lo que se refiere al derecho de asilo, en ausencia de necesidad de protección internacional.

Por último, cabe mencionar expresamente cómo la AN en este caso vuelve a proclamar la inexistencia de ulteriores obligaciones de los Estados que les otorguen competencia y jurisdicción “que les obligue a intervenir y decidir sobre nacionales de terceros países que se encontrasen... en aguas internacionales, y mucho menos para obligarle a trasladar a éstos a su territorio”, habida cuenta de la inexistencia de tales previsiones ni en los tratados internacionales ni fuera de ellos.

## **2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Quinta), de 27 de marzo**

Recurso de casación núm. 192/2006

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

En el presente recurso contencioso-administrativo se trata de un supuesto en que el Tribunal Supremo anula el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se revoca la concesión del asilo político antes concedida a un nacional

ecuatoguineano, sobre la base de la no concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra. La justificación de dicha no aplicación se desprende del hecho de no quedar acreditada la participación del asilado en tráfico de armas y contratación de mercenarios tendente a acometer un Golpe de Estado en Guinea Ecuatorial.

Para llegar a fundamentar esta estimación del recurso, el órgano jurisdiccional repasa la normativa aplicable, en particular el artículo 20 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, que establece la posibilidad de que el Gobierno revoque el asilo cuando se incurra en alguna causa prevista en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. Este último tratado prevé la revocación en dos supuestos esgrimidos en este caso: cuando sea considerado por razones fundadas como un peligro para la seguridad del país o existan motivos fundados para considerar que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y principios de Naciones Unidas.

El Tribunal dedica dos fundamentos a determinar si concurre alguna de estas causas en el asunto enjuiciado. Por lo que se refiere a la primera, el Fundamento de Derecho quinto afirma la ausencia de prueba al respecto, señalando al hilo de su argumentación que

“no debemos olvidar que en un supuesto como el de autos –en el que está en juego el derecho al refugio o asilo político de un disidente político– no son ni siquiera las normas del Ordenamiento jurídico interno español las que debemos aplicar, sino las normas convencionales internacionales de precedente cita, con un índice, pues, de legitimación muy superior, habiéndose señalado en el Preámbulo de la citada Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que, efectivamente, ‘la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional’”.

En relación a la segunda causa, ésta es objeto de la atención del tribunal en los Fundamentos de Derecho sexto a octavo, en los que se pretende dilucidar si habría habido tales actos contrarios a las finalidades y principios de Naciones Unidas en caso de haberse acreditado la vinculación del recurrente a actos de tráfico de armas y contratación de mercenarios tendentes a derrocar al régimen de Guinea Ecuatorial. En este punto, resultan particularmente interesantes los argumentos del órgano de enjuiciamiento sobre dichos actos en los que, tomando nota de la complejidad de determinar cuáles son ante el silencio de la Convención de Ginebra de 1951 y sus trabajos preparatorios, se sirve de

documentos del ACNUR y la Posición Común 96/1996 del Consejo de la UE para afirmar que

“dichas cláusulas de exclusión... deben interpretarse restrictivamente y de manera que no menoscaben la integridad de la protección internacional, debiendo reservarse a aquellas personas que son culpables de los actos más graves e inaceptables, ante circunstancias extremas, o cuando un acto y sus consecuencias logran traspasar un umbral muy estrecho, que debería ser definido en relación con la gravedad del acto en cuestión, la forma como se organizó el mismo, su impacto internacional, etc. Por otra parte, ...dichas cláusulas no parecen estar pensadas para el ‘hombre común y corriente’, sino ‘solamente para personas en posiciones de poder en un Estado o ente similar’, si bien cita algún supuesto aislado de ‘individuos sin asociación a un Estado’... excluiría los actos relacionados con el tráfico de drogas y trata de emigrantes, incluyendo, por el contrario, ‘los actos de terrorismo, aunque sometidos a fuertes restricciones’”.

#### OTRAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- 1. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava), de 20 de diciembre de 2007**  
Recurso contencioso-administrativo núm. 1057/2006  
Ponente: Excm. Sr. Dña. Elisa Veiga Nicole  
Desestimatoria de condición de refugiado y derecho de asilo.
- 2. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava), de 15 de febrero de 2008**  
Recurso contencioso administrativo núm. 873/2006  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera  
Desestimatoria de reconocimiento de derecho de asilo
- 3. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava), de 27 de mayo de 2008**  
Recurso contencioso-administrativo núm. 925/2006  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández  
Desestimatoria de condición de refugiado.
- 4. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava), de 5 de junio de 2008**  
Recurso contencioso-administrativo núm. 158/2007  
Ponente: Excm. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Isabel Perelló Domenech  
Desestimatoria de reconocimiento de derecho de asilo y estimatoria de autorización de permanencia por razones humanitarias.



**5. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava), de 11 de junio de 2008**

Recurso contencioso-administrativo núm. 729/2006

Ponente: Excma Sra. Dña. M<sup>a</sup> Isabel Perelló Domenech

Estimatoria de derecho de asilo.

En el grupo de sentencias referenciadas, encontramos diversos asuntos en los que la Audiencia desarrolla una línea jurisprudencial consolidada acerca de los supuestos que pueden subsumirse en el artículo 3 de la Ley 5/1984 y la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. El sentido de los pronunciamientos difiere, según se entienda o no acreditada por indicios suficientes la pertenencia a grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución.

Encontramos una clara mención a los aspectos más sobresalientes de la jurisprudencia en esta materia en los fundamentos jurídicos de la sentencia de 15 de febrero de 2008, al destacarse que el TS viene reiterando que el derecho fundamental del asilo reconocido en los artículos 13.4 de la Constitución y 14 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* es la protección prestada a los extranjeros y quienes no se reconozca su condición de refugiados y consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* (Ginebra, julio 1.951) y en la adopción de medidas que contempla este artículo. Asimismo, insiste dicho Tribunal que

“el examen y la apreciación de las circunstancias que lo determinan no (debe realizarse) con criterio restrictivo, bastando alcanzar una convicción racional de su realidad para acordar la declaración pretendida, lo que en definitiva se desprende de la propia Ley, en su artículo 8, al utilizar la expresión ‘indicios suficientes’ (por lo que) en este tipo de procesos no es factible la exigencia de una prueba plena... (y) habrá que buscar una prueba indiciaria que ‘prima facie’ acredite que quien solicita el asilo o refugio es o puede ser perseguido en razón de circunstancias étnicas, religiosas, por pertenencia a grupo político social determinado, etc., sin que quepa establecer criterios de general aplicación de la norma, debiendo estarse a la valoración que se realice en cada caso concreto y de las circunstancias que en él concurren” (FD 3º).

Otra sentencia desestimatoria incide en la jurisprudencia consolidada sobre la forma y condiciones en que ha de actuar la Administración para que su conducta se ajuste al ordenamiento jurídico aplicable. Es en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de la AN de 27 de mayo de 2008, en el que, de igual modo que en el mismo fundamento de la sentencia de la AN de 11 de



junio de 2008, se recogen el carácter no arbitrario ni graciable de la decisión del otorgamiento de la condición de refugiado, la necesidad de que la persona que pretenda la condición de refugiado sea objeto de persecución, la necesaria concurrencia además de un temor fundado y racional por parte del interesado para quedar acogido a dicha situación, el examen y apreciación no restrictivos de las circunstancias que determinan la protección (bastando la convicción racional de la realidad de tales circunstancias para que se obtenga la declaración pretendida), y la insuficiencia de meras alegaciones de haber sufrido persecución por los motivos antes indicados, carentes de toda verosimilitud o no avaladas siquiera por mínimos indicios de ser ajustadas a la realidad.

En este último aspecto, el órgano de enjuiciamiento trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1.989, en que se señala que

“para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico, opiniones o actividades políticas o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento de asilo, bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 del artículo 3 de la Ley 5/84. Pero es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución”.

A este respecto, añade la sentencia de la AN de 20 de diciembre de 2007 (FD 4º), que la carga de la prueba de los indicios suficientes (de que el solicitante ha sufrido en su país de origen la persecución a que hace referencia el artículo 3 de la Ley 5/84), recae sobre el propio solicitante.

En algunos de estos casos de solicitud de derecho de asilo, a pesar de la desestimación de la pretensión principal, vemos se deniega o concede subsidiariamente la permanencia en España por razones humanitarias ex artículo 17.2 de la Ley 5/1984. Los términos del reconocimiento de este derecho de permanencia se reproducen en el FD 4º de la sentencia de la AN de 27-5-2008, al afirmar que “por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España de interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere en número



1 del artículo tercero de esta Ley”. Previsión ésta del legislador que permite a la Administración autorizar al extranjero en quien no concurren los requisitos del artículo 3.1 de la Ley a permanecer en España, “(confiriéndole) de este modo la posibilidad de valorar la situación concreta del solicitante de asilo con un margen de discrecionalidad para resolver”.

En este mismo sentido, se pronuncia la sentencia de la AN de 5 de junio de 2008 en su Fundamento de Derecho 5º y con el voto particular de uno de los magistrados, quien señala que en el caso sometido a examen no puede estimarse siquiera la autorización de permanencia. Para ello se basa en otra sentencia del TS, de 21-9-2001, trasladando la interpretación de los requisitos del asilo a la permanencia por razones humanitarias; esto es, destacando la necesidad de que las circunstancias humanitarias invocadas “centradas en la concurrencia de ‘penosas circunstancias’ guarden relación con la situación política del país de origen del solicitante o de su persecución política, tomada esta expresión en su sentido más amplio, de raza, etnia, religión o actividad ideológica política”.