



# Decisiones de los órganos judiciales

---

Sección preparada por José Roberto Pérez Salom  
y María José Cervell Hortal





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

José Roberto PÉREZ SALOM  
María José CERVELL HORTAL

### I. JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN MATERIA DE GENOCIDIO, TERRORISMO Y TORTURAS

#### 1. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005 (Sala Segunda), de 26 de septiembre (RTCJ 2005/237).

Recurso núm. 1744/2003, 1755/2003 y 1773/2003.

Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez

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 denunciantes<sup>1</sup>, de delitos de genocidio, terrorismo y torturas<sup>2</sup>. El Instructor 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 Judicial<sup>3</sup> y del artículo 6 del Convenio

\* La selección se ha referido exclusivamente a las decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de septiembre de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2006.

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

2. 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](http://www.lainsignia.org/2002/octubre/der_009.htm) (29.09.06).

3. “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:



sobre la Prevención y Sanción del Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)<sup>4</sup>, 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 inactivas<sup>5</sup>. La Audiencia afirmó, de ese modo, y sobre la base de una interpretación *sui generis* del art. VI del Convenio sobre Genocidio, la subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial puesto que interpreta el citado precepto como imponiendo la subsidiariedad de actuación de jurisdicciones distintas a las contempladas en él.

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 extraterritorial de los Tribunales españoles sobre los hechos denunciados, ha sido especialmente controvertida a causa de la doctrina excesivamente rigo-

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

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

4. 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.

5. 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.



rista que consagra en materia de la aplicación del principio de justicia universal<sup>6</sup>.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 25 de febrero de 2003, entendió 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 invocaba otros principios de Derecho Internacional Público, por ejemplo, el principio de no intervención, como límites al principio de jurisdicción universal. Por otro lado, alegaba 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, era necesario un punto de conexión que justificara la extensión extraterritorial de una jurisdicción estatal. En ese sentido, no advertía la presencia de una conexión con un interés nacional español, ya que no se apreciaba un delito de genocidio contra españoles, ni se conectaba con otros intereses españoles relevantes. En definitiva, en la sentencia de 25 de febrero de 2003 se admitía 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

6. 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> (29.09.06).

1980, la Sala estimó 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 invocaba el criterio de personalidad pasiva consagrado en el Convenio contra la Tortura<sup>7</sup>; criterio de atribución jurisdiccional que permite perseguir los hechos cuando la víctima sea de la nacionalidad del Estado interesado en la persecución penal.

Buena prueba del revuelo causado por dicha sentencia fue el voto particular de siete magistrados, ya que entendían que la resolución dictada no respetaba 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 fundamentación de los siete votos discrepantes ha sido sintetizada por la Audiencia Nacional en su auto de 10 de enero de 2006, relativo al genocidio en el Tíbet:

“1º. La jurisdicción universal no se rige por el criterio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia pues, precisamente, lo que se trata de evitar es la impunidad de unos crímenes execrables, lo que ciertamente obliga a la no actuación de la intervención de un tercer Estado si está actuando la jurisdicción territorial pero, no permite exigir la acreditación plena de la inactividad de dicha jurisdicción territorial para admitir la querrela, bastando la aportación de indicios razonables de que los crímenes denunciados no han sido perseguidos hasta la fecha de modo efectivo.

2º. Haberse producido una *reformatio in peius* al perjudicar la posición de los denunciantes en el proceso, por cuanto si bien el criterio de la Audiencia Na-

7. 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”.

cional era aplicar el principio de subsidiariedad dado el escaso margen de tiempo entre la ocurrencia de los hechos ocurridos y el que éstos fueran denunciados utilizando al efecto, la frase 'por el momento', el pronunciamiento del Tribunal Supremo tiene un alcance definitivo puesto que sólo permite la extraterritorialidad de la jurisdicción española en el supuesto de que las víctimas sean españolas o los culpables se encuentren en España.

3°. Haberse realizado una interpretación *contra legem* del art. 23.4 g) LOPJ, por cuanto el único límite para el ejercicio de la jurisdicción española es que el delincuente no haya sido absuelto, condenado, indultado o penado en el extranjero y no el resto de los requisitos mencionados en la sentencia dictada.

4°. Por último, entiende que pese haber afirmado la sentencia que se comenta el principio de justicia universal para el delito de genocidio, principio que resulta recogido en el art. 23.4 de la LOPJ, no resulta coherente con la afirmación de tal principio exigir ningún vínculo o conexión entre los hechos y el interés del Estado que ejerce su jurisdicción bajo la excusa de que, en otro caso, podría darse lugar a la proliferación de denuncias por delitos totalmente extraños o alejados, evitando así cualquier forma de manifestación de la existencia de un posible abuso de derecho”.

De conformidad con la posición de los magistrados disidentes, el Tribunal Supremo aplicó unos criterios que no aparecen en absoluto en el artículo 23.4 ya que requieren 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 (art. 23.2.c).

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 incidía 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 insistieron en que, incluso si se aceptara el requisito de la presencia de nexos de conexión entre los hechos que se denun-



cion y los intereses españoles, dichos nexos 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.

Contra la sentencia de 25 de febrero de 2003 los demandantes interpusieron los recursos de amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 ante el Tribunal Constitucional, basado en buena parte, en los argumentos del voto particular. Los recurrentes consideran vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado y a un proceso con todas las garantías, así como a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y de acceso a la jurisdicción, ya que la sentencia de 25 de febrero de 2003 acogió una interpretación injustificadamente restrictiva y *contra legem* del art. 23.4 LOPJ.

El TC antes de proceder al examen de las cuestiones realizó dos precisiones<sup>8</sup>:

– La primera, es recordar y traer a colación lo que él mismo dijo en dos ocasiones en las sentencias 21/97 de 10 de febrero (RTC 1997, 21) y, en especial, la número 87/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 87) sobre el fundamento de la jurisdicción universal y al respecto recuerda que “el fundamento último de esta norma atributiva –se refiere al art. 23.4 LOPJ– radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes”.

– La segunda, es afirmar el principio de justicia universal recogido en nuestro artículo 23.4 de la LOPJ en el que sólo existe un límite previsto específicamente, el de cosa juzgada.

El TC examinó, en primer lugar, aquellas quejas de las que podía derivarse una retroacción de las actuaciones y abordó las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que una decisión no fundada en Derecho, podría haber privado a los recurrentes del derecho de acceso al proceso. En relación con los argumentos de la AN, el TC parte de que

8. La sentencia ha sido comentada detalladamente por el Dr. Esteve Moltó en la sección de *Jurisprudencia* del anuario en el volumen XXI (2005), pp. 519-533.

el art. 23.4 LOPJ consagra, *a priori*, un principio de justicia universal absoluto “sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad”, con excepción de la limitación expresa que deriva de la cosa juzgada, “y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial”, incluida la regla de la subsidiariedad de la actuación de la jurisdicción española frente a la jurisdicción del *locus delicti*. El TC afirma que el principio de subsidiariedad no es una regla opuesta o divergente a la de la concurrencia de jurisdicciones. Por el contrario, la concurrencia de jurisdicciones requiere la introducción de alguna regla de prioridad entre ellas y precisamente la prioridad de la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido es imprescindible. Por tanto, la regla de la subsidiariedad conlleva la abstención de la jurisdicción extraterritorial, en este caso la española, cuando resulte previsible la persecución efectiva de los delitos por la jurisdicción territorial o el tribunal internacional. En otras palabras, “para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes”. No obstante, la AN, en su auto de diciembre de 2003, en lugar de acoger esta interpretación razonable de la regla de subsidiariedad, que ella misma había introducido, prefirió exigir a los denunciadores una prueba plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, requiriendo incluso la acreditación del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos. El TC entiende que esta interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ vulnera el derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, puesto que exige a los denunciadores una tarea de imposible cumplimiento. La interpretación restrictiva frustra la finalidad misma de la jurisdicción universal ya que la pasividad judicial del Estado donde se cometieron los delitos, dejando de responder a la interposición de una denuncia, conlleva la imposibilidad de aportar la prueba que requiere la AN y bloquea la jurisdicción de un tercer Estado y propicia la impunidad del genocidio. En definitiva, dicha restricción enormemente rigorista vulnera el art. 24.1 CE.

Por lo que respecta a la denegación de la competencia jurisdiccional española por parte del TS, los argumentos son distintos, y como se ha mencionado en párrafos anteriores, atienden a los límites de aplicación intrínsecos a la regla de jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ. En primer lugar, el TS, en la sentencia recurrida, entiende que el art. 23.4 LOPJ es aplicable únicamente cuando un convenio internacional del que el Reino de España sea parte autorice la extensión de la competencia jurisdiccional. Es decir, el recurso a la jurisdicción universal unilateral sólo sería legítimo cuando viniera expresamente autoriza-

do en el Derecho convencional. Puesto que el Convenio sobre el Genocidio únicamente menciona algunos mecanismos para perseguir el genocidio, a saber, la jurisdicción de un tribunal internacional y la jurisdicción del *locus delicti*, y guarda silencio sobre la aplicación de la jurisdicción universal extraterritorial, el TS infiere que el Convenio prohíbe que un Estado Parte en el convenio active la jurisdicción universal extraterritorial de un modo unilateral<sup>9</sup>.

El TC califica dicha interpretación como de extremadamente rigorista y afirma que carece de sostén argumental. Entiende el alto tribunal que el silencio del Convenio sobre el Genocidio acerca de la jurisdicción universal no conlleva la prohibición de su consagración en las legislaciones de los Estados y que el Convenio obliga a los Estados Partes a perseguir el crimen de Derecho Internacional en su territorio, dejando abierta la posibilidad para los mismos de recurrir a otros mecanismos no previstos en el Convenio. El TC afirma que la interpretación restrictiva del TS es contradictoria con el principio de persecución universal y la lucha contra la impunidad del genocidio, que son el espíritu del Convenio y que ya forman parte del Derecho Internacional consuetudinario, y para algunos autores del *ius cogens*. Es contradictorio que los Estados Partes en el Convenio renuncien a un mecanismo de persecución del genocidio, la jurisdicción universal, cuando precisamente el criterio de la jurisdicción del *locus delicti* quedará en ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos.

Por lo que se refiere a la exigencia, por parte del TS, de los “vínculos de conexión” para poder aplicar el art. 23.4 LOPJ, tales como que el presunto autor se encuentre en territorio español o sean las víctimas de nacionalidad española o bien que exista otro punto de conexión directo, recordemos que el TS fundamentaba su postura en la existencia en el Derecho comparado y en el Derecho Internacional consuetudinario de una limitación generalizada, a través de dichos criterios o criterios similares, del principio de justicia universal. Sobre este aspecto, el TC es especialmente contundente e indica que existen multitud de precedentes en el Derecho comparado y en el Derecho Internacional que, en contra del TS, avalan la no exigencia de dichos criterios correctores.

Ya en el plano interno, el TC afirma que la interpretación radicalmente restrictiva que formula el TS del principio de la jurisdicción universal del art.

9. El TS invoca asimismo el art. 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

23.4 LOPJ mediante la aplicación de dichos criterios correctores es una reducción *contra legem* y que dichos criterios no se encuentran presentes en el art. 23.4, son contrarios palmariamente a la finalidad de la institución y reduce el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ.

En relación con la exigencia de la presencia del presunto autor en el territorio español es una restricción no contemplada en la Ley. La presencia del presunto autor es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y la eventual condena pero no es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso.

La restricción basada en la nacionalidad española de las víctimas es un requisito añadido no contemplado en la Ley y contradice la propia naturaleza del delito de genocidio y la aspiración compartida de su persecución universal. La exégesis que maneja el TS implica que el delito de genocidio sólo sería relevante para los tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y además cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español.

Finalmente, el criterio del interés nacional, es decir, exigir la concurrencia de intereses nacionales para perseguir el delito de genocidio no es conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La justicia universal se basa en las singulares características de los delitos sometidos a ella, es decir, su lesividad trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. La persecución del genocidio y su sanción constituyen un compromiso y un interés compartido por todos los Estados y no depende de ulteriores intereses particulares de cada Estado.

En definitiva, en palabras del TC, “la forzada e infundada exégesis” en que incurre el TS menoscaba el derecho a la tutela judicial ya que constituye una “denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable”.

## **2. Auto de la Audiencia Nacional núm. (Sala de lo Penal), de 10 de enero de 2006.**

Recurso de apelación núm. 196/2005.

Ponente: D. Javier Gómez Bermúdez

La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, comentada en el apartado anterior, impone a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo una interpretación radicalmente distinta a la que venían sos-



teniendo dichos tribunales del art. 23.4 LOPJ, que consagra el principio de la jurisdicción universal en la legislación española. El auto que se comenta, relativo al genocidio perpetrado en el Tíbet por las autoridades comunistas chinas, es uno de los primeros frutos de la doctrina sembrada por el TC en su sentencia de 26 de septiembre de 2005.

Con fecha 28 de junio de 2005 se presentó ante el Juzgado Central decano querrela por presunto delito de genocidio. Entre los demandantes se encontraba el Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet. La querrela se dirigía contra varias autoridades de la República Popular China, del Partido Comunista de dicho país y de las Fuerzas Armadas chinas. El Juzgado Central de Instrucción núm. 2 inadmitió mediante auto de 5 de septiembre de 2005 la querrela sobre la base de la reiterada doctrina de la AN y del TS en esta materia. Los demandantes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia resolvió dicho recurso en virtud de auto de 10 de enero de 2006.

En el auto, la Audiencia recuerda que el genocidio, de acuerdo con el art. 1 del Convenio sobre el Genocidio, es un delito de Derecho Internacional y recuerda la noción de genocidio que se maneja en el art. 2 de dicho Convenio. La Sala afirma que, *prima facie*, los hechos acaecidos en el Tíbet y en relación con la población tibetana pueden ser calificados, como genocidio, de acuerdo con el precepto mencionado. La Audiencia trae a colación las diferentes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que denuncia las violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales del pueblo tibetano, la supresión de su sistema cultural y religioso tradicional y las graves penurias infligidas al pueblo tibetano. También alude a la resolución del Parlamento Europeo en la que denuncia los abortos y esterilizaciones forzadas de mujeres tibetanas. Posteriormente, la Audiencia examina las diferentes ocasiones en las que se ha tratado de alcanzar infructuosamente un arreglo pacífico entre el Tíbet y la República Popular China, en concreto en el seno de las Naciones Unidas y las posibilidades de que los hechos reseñados sean perseguidos en el territorio donde se han producido o ante la Corte Penal Internacional. En ese sentido, la conclusión es que no cabe esperar acción alguna por parte de la Corte, habida cuenta de que no es competente respecto de los crímenes cometidos antes de la entrada en vigor de su Estatuto y de que la República Popular China no es Parte en dicho tratado, ni ha aceptado, de otro modo, la competencia de la Corte. Por otro lado, la posibilidad de que las víctimas puedan obtener una respuesta apropiada en los tribunales chinos es muy remota a causa de las circunstancias del caso y del tiempo transcurrido.

Por todo ello, la AN estima que los hechos denunciados deben ser investigados por la jurisdicción española, atendiendo a los principios establecidos

en la sentencia del TC de 26 de septiembre de 2005, y acuerda la admisión a trámite de la querrela presentada.

### **3. Sentencia del Tribunal Supremo nº. 645/2006**

**(Sala de lo Penal) de 20 de junio.**

Recurso de casación núm. 1395/2005

Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

La sentencia 645/2006 aborda, nuevamente, la cuestión del principio de jurisdicción universal. La resolución es especialmente interesante porque el Tribunal Supremo en esta sentencia replica al Tribunal constitucional y da respuesta a la sentencia de este Tribunal de 26 de septiembre de 2005, comentada en uno de los apartados anteriores en este presente trabajo. El TS defiende su interpretación del art. 23.4 LOPJ, aunque acata la interpretación que realiza el TC de dicho precepto.

El Juzgado Central de Instrucción número 2, en virtud de auto de 8 de octubre de 2004 inadmitió a trámite la querrela formulada el 3 de septiembre de 2004 contra Lia Oinglin, Presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino y otros cuatro ciudadanos chinos por delitos de genocidio y torturas. Los querrellados se encontraban en Barcelona participando en el II Foro Hispano-Chino hasta el 1 de diciembre de 2004. Los demandantes interpusieron recurso de apelación contra dicho auto el 22 de octubre de 2004. La Audiencia Nacional desestimó el recurso en virtud de auto de 29 de abril de 2005.

Los demandantes interpusieron recurso de casación contra dicho auto. El Tribunal Supremo estimó varios motivos aducidos por los recurrentes en el recurso. Los aspectos de Derecho Internacional Público presentes en los fundamentos de derecho serán examinados a continuación.

El Tribunal entiende que la inactividad del Juzgado de Instrucción y de la Sala *a quo* ha vulnerado el art. 273 LECr (F.1). Puesto que la presencia en el territorio nacional de los querrellados habría justificado sin más la jurisdicción de nuestros tribunales. También entiende infringido el art. 849.1 LECr por vulneración del art. 24.1 CE, ya que la Audiencia no consideró los argumentos de los recurrentes relativos a la imposibilidad de perseguir el delito una vez los querrellados abandonen el territorio español. Efectivamente, el rechazo de China a la Corte Penal Internacional, la inexistencia en el derecho chino del delito de genocidio, la posición de China en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que le permitiría vetar cualquier propuesta

dirigida a investigar y perseguir los hechos que los recurrentes denuncian justificaban iniciar las diligencias en España, en el sentido del art. 273 LECr. (F.2).

El Tribunal Supremo aprovecha los fundamentos de derecho en esta sentencia para defender la doctrina que ha venido manteniendo en materia de jurisdicción universal y que fue duramente corregida por el TC en la sentencia de 25 de septiembre de 2006. El TS se declara firme defensor del principio de jurisdicción universal pero defiende la necesidad de atender al peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación. Por ello, su doctrina armoniza, en su opinión, el principio de la jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ con otros principios de Derecho Internacional Público, en particular, con el principio de no intervención, que, en opinión del TS no es de menor jerarquía que el principio de jurisdicción universal, siendo por tanto necesario su conciliación. Precisamente, para ello, el TS exigía, para la aplicación del art. 23.4 de algún punto de conexión con España de los hechos que deban ser perseguidos. Por su parte, el TC entendió que el art. 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y la interpretación del TS es “en extremo rigorista” y “abiertamente restrictiva”. El TC critica la aplicación de unos principios correctores no previstos en la Ley y contrarios, dice, al “espíritu” del Convenio sobre el Genocidio. No obstante, el TS entiende que difícilmente se puede afirmar que el Convenio sobre el Genocidio esté presidido por el espíritu de la jurisdicción universal:

[E]l *art. VI del Convenio*, que considera expresamente la cuestión de la jurisdicción, sólo se refiere al principio territorial y a la Corte Penal Internacional, por lo que no parece que el propósito de sus redactores haya sido instaurar el principio de la jurisdicción universal y, por lo tanto, que éste sea el “espíritu” del Convenio. Esta conclusión se ve además subrayada por el *art. 8 del Convenio*, que establece que “toda parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas, a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. 3”. Es de suponer que, si el Convenio estuviera animado por el espíritu del principio de la jurisdicción universal hubiera establecido que cada Parte contratante quedaba autorizada a ejercer su propia jurisdicción o, por lo menos, no hubiera impuesto la obligación de acudir a la Naciones Unidas. Por lo demás el *art. I del Convenio* sólo obliga a los Estados que lo suscriben a sancionar el delito de genocidio en su propio territorio, pero no les impone adoptar en sus legislaciones el principio de la justicia universal, como lo reconoce la STC en su Fundamento Jurídico 5º.

A lo largo de varias páginas, el TS se defiende punto por punto de las “acusaciones” del TC mantenidas en su sentencia de 26 de septiembre. El TS incide, especialmente, en reiterar, frente a lo afirmado por el TC en dicha sentencia, que existe una tendencia clara en la doctrina iusinternacionalista y, sobre todo, en las legislaciones europeas a limitar el principio de jurisdicción universal con vistas a evitar conflictos y abusos, y que es este riesgo el que induce a la comunidad jurídica a buscar puntos de contacto adicionales que limiten el alcance del principio.

El TS concluye su “defensa” afirmando contundentemente que “parece claro que nada está más alejado del pensamiento jurídico internacional que la idea de un principio absoluto de la jurisdicción universal, que la STC 237/2005 ha establecido”. Por el contrario, los conceptos expuestos por la sentencia del Tribunal Supremo, tanto por la mayoría del Tribunal como por los Magistrados que suscribieron el voto particular, reflejan rigurosamente las cuestiones actuales de la aplicación del principio de la justicia universal, reconocidos por otros Estados de la Unión Europea, que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

Varios magistrados han formulado dos votos particulares a la sentencia del Tribunal Supremo que nos ocupa. Desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, hay que destacar los comentarios de los magistrados Andrés Ibáñez y Martín Pallín, relativos al alcance de la jurisdicción universal. En opinión de los magistrados discrepantes:

[E]l legislador español actuó de la forma más coherente y dio al genocidio el tratamiento más adecuado: el que reclama la norma consuetudinaria vigente en la materia, hoy universalmente vinculante para todos los sujetos internacionales. Ello hace que todos los Estados se encuentren, no sólo legitimados, sino obligados a asegurar el máximo de efectividad a la prohibición de conductas genocidas, persiguiéndolas allí donde quiera que puedan darse.

Tal es la línea en que se inscribe la decisión del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra, al subrayar que “el Estatuto de Roma recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de tales crímenes internacionales”.

En consecuencia, frente al imperativo de persecución universal del genocidio y para redimensionarlo a la baja, no cabe oponer el principio de no intervención. Porque en éste se expresa un paradigma de articulación de las relaciones internacionales anclado en el viejo concepto de soberanía (como suprema potestas *superiorem non recognoscens*), ahora abiertamente contradicho por las nor-



mas que proscriben las conductas integrantes de genocidio e imponen su persecución universal, que son de ius cogens y deben prevalecer. Es también por lo que constituye ya un tópico en la materia que actuaciones jurisdiccionales como la de que aquí se trata no son una injerencia en los asuntos internos; algo aceptado por el Comité de Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión.

Cuando, tal como ocurre en la sentencia que motiva esta discrepancia, se opone de algún modo el principio de no intervención al de jurisdicción universal en tema de genocidio, cual si estuvieran en el mismo plano, se distorsiona el sentido del vigente ordenamiento penal internacional pues se argumenta en términos de mero pragmatismo. Esto es, a partir del dato empírico de que los estados a los que incomode la iniciativa jurisdiccional pueden oponer de facto la razón de su fuerza a la fuerza de la razón jurídica.

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

- 1. Sentencia del Tribunal Supremo 1129/2005 (Sala de lo Penal), de 6 de octubre (RJ 2005\8572)**  
Recurso de casación núm. 228/2004  
Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta
- 2. Sentencia del Tribunal Supremo 1143/2005 (Sala de lo Penal), de 11 de octubre (RJ 2005\8250)**  
Recurso de casación núm. 456/2004  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano
- 3. Sentencia del Tribunal Supremo 1164/2005 (Sala de lo Penal), de 11 de octubre (RJ 2005\8253)**  
Recurso de casación núm. 64/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín
- 4. Sentencia del Tribunal Supremo 1151/2005 (Sala de lo Penal), de 11 de octubre (RJ 2005\7246)**  
Recurso de casación núm. 1025/2004  
Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta
- 5. Sentencia del Tribunal Supremo 1233/2005 (Sala de lo Penal), de 21 de octubre (RJ 2005\8277)**  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano



- 6. Sentencia del Tribunal Supremo 1332/2005 (Sala de lo Penal), de 8 de noviembre (RJ 2006\123)**  
Recurso de casación núm. 322/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín
- 7. Sentencia del Tribunal Supremo 1476/2005 (Sala de lo Penal), de 25 de noviembre (RJ 2006\963)**  
Recurso de casación núm. 1027/2004  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín
- 8. Sentencia del Tribunal Supremo 1473/2005 (Sala de lo Penal), de 29 de noviembre (RJ 2006\10191)**  
Recurso de casación núm. 1037/2004  
Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo
- 9. Sentencia del Tribunal Supremo 1444/2005 (Sala de lo Penal), de 2 de diciembre (RJ 2006\10188)**  
Recurso de casación núm. 11/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
- 10. Sentencia del Tribunal Supremo 2489/2005 (Sala de lo Penal), de 7 de diciembre (RJ 2006\7609)**  
Recurso de casación núm. 651/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz
- 11. Sentencia del Tribunal Supremo 1453/2005 (Sala de lo Penal), de 14 de diciembre (RJ 2005\10164)**  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano
- 12. Sentencia del Tribunal Supremo 1493/2005 (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre (RJ 2006\1271)**  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín
- 13. Sentencia del Tribunal Supremo 1601/2005 (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre (RJ 2006\593)**  
Recurso de casación núm. 1945/2004  
Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez
- 14. Sentencia del Tribunal Supremo 192/2006 (Sala de lo Penal), de 1 de febrero (RJ 2006\1042)**  
Recurso de casación núm. 1087/2004  
Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García



- 15. Sentencia del Tribunal Supremo 149/2006**  
(Sala de lo Penal, sección 1ª), de 10 de febrero)  
Recurso de casación núm. 2083/2004  
Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez
- 16. Sentencia del Tribunal Supremo 241/2006**  
(Sala de lo Penal, sección 1ª), de 24 de febrero)  
Recurso de casación núm. 51/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín
- 17. Auto del Tribunal Supremo 766/2006 (Sala de lo Penal),  
de 16 de marzo (JUR 2006\138829)**  
Recurso de casación núm. núm. 855/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín
- 18. Auto del Tribunal Supremo 751/2006 (Sala de lo Penal),  
de 16 de marzo (JUR 2006\138832)**  
Recurso de casación núm. 2144/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín
- 19. Sentencia del Tribunal Supremo 587/2006 (Sala de lo Penal),  
de 18 de mayo (RJ 2006\3571)**  
Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez
- 20. Sentencia del Tribunal Supremo 655/2006**  
(Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de junio  
Recurso de casación núm. 978/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
- 21. Sentencia del Tribunal Supremo 688/2006 (Sala de lo Penal),  
de 21 de junio (RJ 2006\3591)**  
Recurso de casación núm. 2012/2005  
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis



## **22. Sentencia del Tribunal Supremo 837/2006**

**(Sala de lo Penal, sección 1ª), de 17 de julio**

Recurso de casación núm. 922/2005

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Un año más vuelve el Tribunal Supremo a enfrentarse a la cuestión del derecho a la revisión en segunda instancia del fallo condenatorio y la pena impuesta<sup>10</sup>, que garantiza el artículo 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, cuestión, según palabras del propio Tribunal “...resuelta en numerosas ocasiones, no sólo por esta Sala, sino también por el Tribunal Constitucional e, incluso, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (Sentencia 1493/2005, Fundamento de Derecho 1º). Esta abundancia de recursos deriva de la actual regulación del recurso de casación en el ordenamiento jurídico español, que implica, en opinión de los recurrentes, 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. 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

El examen de la postura del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que entienden que el artículo del Pacto no se refiere a una segunda instancia en sentido estricto, sino a una revisión de la condena y la pena, se recogen en el comentario sobre la sentencia 116/2006 de este último tribunal, cuya singularidad merece en nuestra opinión un comentario más detallado en las observaciones sobre las sentencias del Tribunal Constitucional en esta misma sección.

Es cierto que durante años, antes de la vigencia de la Constitución, el recurso de casación no se ajustaba a las exigencias del Pacto, pero tanto el texto constitucional como la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985 posibilitaron la revisión. Incluso la jurisprudencia, en aras de una interpretación del recurso

10. Aunque todas las sentencias reseñadas contemplan la cuestión, nos permitimos seleccionar algunas, si cabe más claras y precisas, que facilitan la comprensión del problema planteado: Sentencia 1332/2005, 1453/2005, 1601/2005 y 587/2006.

de casación más favorable con el justiciable, y consciente de las limitaciones que ofrece el sistema español, se mostró durante años muy flexible con la posibilidad de valorar nuevamente las pruebas en el recurso de casación. La polémica surgió con motivo del *Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* de 20 de julio de 2000<sup>11</sup>, en el que se declaraba el incumplimiento de España del artículo 14.5 del Pacto, pero como ha afirmado varias veces el Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencia 1601/2005, Fundamento de Derecho 2º), se trataba de un caso concreto, no aplicable en líneas generales al recurso de casación español. De hecho, el Pleno de la Sala de lo Penal celebrado el 13 de septiembre de 2000 declaró, precisamente, que el recurso de casación es un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto, aunque señalaba la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación del Tribunal<sup>12</sup>. El Legislativo español ofreció una solución al asunto mediante la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre*<sup>13</sup>, por la que se modifica la *Ley Orgánica del Poder Judicial* y la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cuya exposición de motivos deja bien claro que la creación de una segunda instancia penal “pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos”. Y aunque vaticinábamos una reducción del número de casos gracias precisamente a la aprobación de la ley<sup>14</sup>, lo cierto es que no ha sido así, más bien todo lo contrario, pues el asunto sigue planteándose en los tribunales españoles, como lo demuestra el número de sentencias recogidas en este comentario, por la sencilla razón de que aún no se ha desarrollado las leyes procedimentales necesarias para poner en marcha lo establecido en la reforma de la LOPJ<sup>15</sup>. La senten-

11. 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). Véase, al respecto, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXI, 2005, pp. 574-575 (nota al pie 13).

12. Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en esta línea, en los casos *Loewenguth y Deperris*, que fueron inadmitidos el 30 de mayo de 2000 y el 22 de junio de ese mismo año, al considerar que de acuerdo con el artículo 2 del Protocolo nº 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del *Protocolo núm. 7* del Convenio.

13. BOE de 26 de diciembre de 2003.

14. *Vid.* Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XX, 2005, p. 576.

15. Así lo reflejan, por ejemplo, las sentencias 1453/2005 (Fundamento de Derecho 7º) y 192/2006 (Fundamento de Derecho 1º).



cia 2489/2005 ha señalado lo recogió claramente: “Con relación a la reforma legal existente al efecto y carente de reflejo específico en la legislación procesal penal, hemos dicho en el Auto de fecha 18 de mayo de 2004 (Recurso núm. 717/2002 [JUR 2004, 159629]) que habrá que distinguir la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3008), por un lado, y la entrada en vigor de la normativa procesal, que definitivamente implante el cauce para tramitar los recursos penales que contra las decisiones de las Audiencias Provinciales puedan interponerse en lo sucesivo, por otro. Y es que el derecho que concede la Ley Orgánica reformadora no constituye un derecho efectivo, sino que lo introducido por la Ley es un derecho expectante o en expectativa, que materialmente no se puede aplicar por tres fundamentales razones: 1) Por estar pendiente de regulación los mecanismos procesales y demás condiciones y requisitos para poderlo hacer efectivo. 2) Porque, hasta tanto no se establezcan legalmente tales mecanismos, no se ha producido la sucesión de Leyes entre la normativa nueva y aquella a la que pretende sustituir, que sigue vigente. 3) Porque las Leyes procesales, a diferencia de las penales, no poseen efectos retroactivos por lo que mientras no se cumplan los presupuestos de la Ley Orgánica no tendrá aplicación, siendo en la actualidad la única legalidad vigente, y aplicable al caso, la que ha seguido el presente proceso” (Fundamento de Derecho 11º).

Entre otra de las cuestiones que resultan reseñables podríamos incluir la alegación por parte de las partes e, incluso, del propio Tribunal del Protocolo 7º al *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, firmado pero no ratificado por España (sentencias 1129/2005, Fundamento de Derecho 3º; sentencia 1601/2005, Fundamento de Derecho 2º y sentencia 587/2006, Fundamento de Derecho 1º) que debe ser entendido, dado que aún no vinculan oficialmente a nuestro país (y ni siquiera a los jueces españoles, pues el artículo 10.2 de la Constitución se refiere a tratados *ratificados*), como un acto de buena voluntad de los jueces españoles, muy acorde además con lo establecido en el artículo 18 del *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969.

- 23. Auto del Tribunal Constitucional 89/2006**  
(Sala Segunda, Sección 3ª), de 27 de marzo (RTC 2006\89)  
Recurso de amparo núm. 3176/2003
- 24. Auto del Tribunal Constitucional 91/2006**  
(Sala Segunda, Sección 4ª), de 27 de marzo (RTC 2006\91)  
Recurso de amparo núm. 6482/2003



**25. Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2006 (Sala Primera), de 24 de abril (RTC 2006\116)**

Recurso de amparo núm. 73/2002

Ponente: D. Pablo Pérez Tremps

**26. Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2006 (Sala Primera), de 5 de junio (RTC 2006\167)**

Recurso de amparo núm. 3154/2003

Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde

El Tribunal Constitucional se pronuncia respecto de la cuestión del derecho a la doble instancia de manera prácticamente idéntica a la del Tribunal Supremo. De entre todas las sentencias destacaríamos, la sentencia 167/2006, no porque la argumentación del Tribunal sea diferente, sino porque, contra lo que suele ser habitual, en este caso se ha estimado la petición del recurrente, al admitirse que no se procedió a una correcta revisión de su condena, si bien hemos de señalar que se debió a las circunstancias específicas del caso y no a la configuración del sistema de revisión en el ordenamiento jurídico español: “En estas condiciones, no se puede sostener que el recurrente haya gozado de una revisión íntegra de su declaración de culpabilidad por un Tribunal superior en los términos requeridos por el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]) interpretado en relación con el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (RCL 1977, 893) (PIDCP) pues, si bien es cierto que a tal efecto resulta suficiente con la revisión que el Tribunal Supremo efectúa cuando se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (por todas SSTC 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70], F. 7; 105/2003, de 2 de junio [RTC 2003, 105], F. 2), también lo es que, como se acaba de razonar, esta revisión no se ha producido en el caso a pesar de haberse sustanciado dos instancias jurisdiccionales posteriores a la declaración de culpabilidad efectuada por el Tribunal del Jurado. Por consiguiente, desde la perspectiva del resultado producido, existe un déficit de tutela jurisdiccional, una suerte de incongruencia omisiva, que debe ser subsanado por los órganos de la jurisdicción ordinaria, sin que pueda este Tribunal examinar el fondo de la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente (art. 24.2 CE), pues ni ha sido planteada directamente en esta sede ni, aunque lo hubiera sido, resultaría posible su examen sin infringir el carácter subsidiario del recurso de amparo” (Sentencia 167/2006, Fundamento Jurídico 4°).

Por otro lado, deseamos destacar la sentencia del Tribunal Constitucional 116/2006 (Sala Primera), de 24 de abril (RTC 2006\116). La singularidad

de la resolución que nos ocupa reside en que, en virtud de la misma, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo de 8 de enero de 2002, interpuesto por un ciudadano español, cuyos argumentos, estimados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>16</sup> dieron lugar a que este órgano de garantía emitiera el famoso dictamen de 20 de julio de 2000, que constató la violación por parte del Reino de España del párrafo 5 del art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y que ha provocado estos años una verdadera avalancha de recursos ante el Tribunal Supremo y el Constitucional.

El recurrente fue condenado por sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 22 de febrero de 1992, como autor de un asesinato frustrado a la pena de doce años y un día de reclusión menor. Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de casación por infracción de Ley, aduciendo, de un lado, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que el recurrente entendía que el material probatorio que manejó el Tribunal *a quo* carecía de todo poder de convicción. De otro lado, se alegó error en la apreciación de la prueba que derivaba del examen del acta del juicio, que mostraría que las pruebas practicadas debieron hacer dudar al juzgador sobre la culpabilidad del acusado. Por tanto, en aplicación del principio *in dubio pro reo* el recurrente entendía que el juzgador debió absolverlo necesariamente.

En su sentencia de 9 de noviembre de 1993, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación por los motivos alegados. En la misma sentencia el alto tribunal recuerda que el principio *in dubio pro reo* no puede tener acceso a la casación ya que ello supondría valorar nuevamente la prueba y dicha valoración no es permisible en casación.

El recurrente, en aplicación del protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos presentó ante el Comité de Derechos Humanos la comunicación núm. 701-1996, sin haber acudido previamente a la vía del recurso de amparo. En dicha comunicación denunciaba la violación por parte del Reino de España de los arts. 14.5 y 26 del Pacto ya que no se le había permitido recurrir efectivamente el fallo condenatorio y la pena impuesta por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, puesto que el recurso de casación sólo es viable en ciertos supuestos y no existe la posibilidad de que el Tribunal de casación evalúe nuevamente las pruebas. Por el contrario,

16. 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 Nº 701/1996, Gómez c. España.



en delitos menos graves sí se ha articulado un recurso de apelación en el que se asegura tanto la revisión de la aplicación de la Ley como la de los hechos.

El Comité de Derechos Humanos aprobó el 20 de julio de 2000 un Dictamen, en el que se constata la violación del párrafo 5 del art. 14 del Pacto. Sus consideración se reproducen a continuación:

“11.1. En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), denomina recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante, el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que el fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, el 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 Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, respecto del Sr. Cesáreo G. V.

13. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

14. Teniendo en cuenta que, al constituirse en parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 del mismo, el 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, el Comité desea recibir del Estado Parte en un plazo de 90 días información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité”.

Una vez notificado el Dictamen, el recurrente presentó ante el TS un escrito de fecha 22 de agosto de 2000, solicitando el ejercicio del derecho a un recurso efectivo, en los términos que reconoce el Dictamen en su párrafo 13 y el art. 2.3 a) del Pacto. El recurrente pretendía la nulidad de la condena que, de conformidad con el Dictamen, no debía mantenerse, por no existir la legislación que articula el derecho a la revisión que configura el párrafo 5 del art. 14.5 del Pacto y, subsidiariamente, la nulidad de la condena y la nulidad del juicio “para que una vez aprobada una nueva legislación acorde con el artículo 14.5 del Pacto se celebre éste de nuevo ante diferentes magistrados que garanticen el proceso imparcial”.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en virtud de auto de 14 de diciembre de 2001 acordó no haber lugar a la declaración de nulidad solicitada por el recurrente. En el auto, el alto tribunal afirma que los Estados Partes en el Pacto no están obligados a establecer un recurso fundado en una decisión del Comité de Derechos Humanos. Afirma que “[s]i los Estados partes hubieran querido reconocer al Dictamen del Comité un efecto como el que pretende el recurrente, habrían reglamentado sus efectos y su vía de ejecución, es decir, algo diverso de un recurso. En consecuencia, no cabe apoyar en el art. 2.3 a) del Pacto un derecho a que esta Sala declare por la vía del art. 238 LOPJ (...) la nulidad de la sentencia recurrida”. En el auto se indica asimismo, que no cabe el recurso de revisión, ya que el Dictamen de la Comisión no puede ser entendido como un “hecho nuevo”, en el sentido del art. 954.4 LE-Crim, “pues no se trata –como hemos visto– de un hecho normativo obligatorio para el Gobierno o los Tribunales del Estado parte” y que “el procedimiento del Pacto no es un sucedáneo para la omisión del interesado de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional” (F. 4). Por otro lado, el TS también subraya que, de conformidad con los arts. 41 y 42 del Pacto “el Comité no tiene facultades jurisdiccionales que le permitan otorgar al dictamen el carácter de título ejecutivo que legitime al recurrente para solicitar la revisión de la sentencia firme dictada por esta Sala” y que “el Comité sólo tiene facultades para informar y para designar –con consentimiento de los Estados interesados– una comisión de conciliación”. Ninguna norma del Pacto ni del Protocolo Facultativo acuerda al Comité un poder jurisdiccional en el caso de imposible conciliación. El art. 5.4 del Protocolo sólo dice que el Comité “remitirá sus puntos de vista concernientes al individuo al Estado para interesado”.

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.

Según la doctrina del Tribunal Supremo, 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 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, 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.

El recurrente interpuso recurso de súplica denunciando, entre otras cosas, la vulneración del derecho de apelación del art. 14.5 del Pacto y del derecho a un recurso efectivo, ya que se había ignorado el contenido del Pacto y la autoridad del Comité. Mediante auto de 23 de abril de 2002, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestimó el recurso de súplica.

El recurrente interpuso recurso de amparo interesando la nulidad de las Sentencias que lo habían condenado como autor de un delito de asesinato

frustrado, entre otros motivos, sobre la base de la vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción (art. 14.5 del Pacto) aisladamente y en conjunción con el derecho al recurso efectivo del art. 2.3 a) del Pacto, ya que el Tribunal Supremo había ignorado el Dictamen del Comité de Derechos Humanos.

Sobre estos aspectos, el Tribunal Constitucional, en la sentencia que nos ocupa, confirma que los dictámenes del Comité no tienen fuerza ejecutoria directa para anular los actos de los poderes públicos estatales “pues en el Pacto no existe cláusula alguna de la que se derive su ejecutoriedad, ni en el Ordenamiento jurídico español se ha articulado una vía específica que permita a los Jueces la revisión de las Sentencias penales firmes como consecuencia de un Dictamen del Comité, ni el mandato del art. 14.5 PIDCP es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (entre otras, SSTC 42/1982, de 5 de julio [RTC 1982, 42], F. 3. o 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70], F. 7)”. El TC trae a colación su sentencia 70/2002, de 3 de abril de 2002 (F. 7) en la que afirma que las competencias del Comité “le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones tanto de Estados parte que aleguen que otro Estado parte incumple las obligaciones del Pacto, como de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Y, respecto de las comunicaciones individuales, en virtud del art. 5, párrafo 4, del Protocolo, para presentar sus observaciones al Estado parte y al individuo, haciendo constar en su caso la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto. Además, ha de tenerse en cuenta que las ‘observaciones’ que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura del art. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia”.

Ahora bien, a pesar de que los dictámenes del Comité no son resoluciones judiciales, no tienen fuerza ejecutoria directa y no es posible su equiparación con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto no conlleva que carecen de todo efecto interno. Efectivamente, los dictámenes declaran la vulneración de un derecho consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, conforme a nuestra Constitución, no sólo “forma parte de nuestro Derecho interno conforme al art. 96.1 CE, sino que además (...) las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE)” (F. 4). Además, las disposiciones de la Constitución relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad



con los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por España. Obviamente, la interpretación que realizan los órganos judiciales españoles no puede preterir la interpretación de dichos convenios internacionales que realizan los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados. Precisamente, el mandato del art. 14.5 del Pacto y la posición del Comité han dado lugar a que tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional interpreten los motivos de casación de un modo flexible y acorde con la posición del Comité. Esta interpretación favorable permite al Tribunal Supremo la “revisión íntegra”, es decir, la revisión de las cuestiones jurídicas y las fácticas en que se basa la declaración de culpabilidad, mediante el control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba.

Para avalar la plena conformidad del sistema de casación español con el mandato del Pacto y la interpretación del Comité, el Tribunal Constitucional trae a colación varias decisiones del Comité en las que se reconoce que el recurso de casación español satisface las exigencias del art. 14.5 del Pacto y aduce que el Comité ha precisado, por ejemplo, que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que éste se desarrolló (Decisión de 28 de marzo de 1995, comunicación núm. 536-1993, *Perera c. Australia*, § 6.4).

En definitiva, como ha reconocido el Tribunal Supremo en otras sentencias, 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.

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

#### 1. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 20 de abril de 2006 (RJCA 2006\354)

Recurso contencioso-administrativo núm. 1/2004

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Díaz Fraile

La Audiencia Nacional se enfrenta en este caso con la cuestión de la doble instancia penal y el derecho a la revisión de la condena impuesta, pero la

sentencia es destacable, no tanto por esta cuestión, en la que, en líneas generales, se limita a reproducir (véase Fundamento de Derecho 4º) la jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y que también nosotros hemos recogido en otra sección de este trabajo, sino por el análisis del valor que debe otorgarse a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española. La parte recurrente alude al mencionado dictamen para solicitar una revisión de su caso, y la Audiencia recuerda que el artículo 10.2 de la Constitución le obliga a interpretar las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades de conformidad con la declaración universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. El Comité de Derechos Humanos es el órgano encargado de interpretar los preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero su naturaleza no jurisdiccional impide equiparar sus dictámenes a una resolución judicial, de manera que, según lo establecido por el Tribunal Constitucional, recuerda la Audiencia en la sentencia 70/2002, “sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia” (Fundamento de Derecho, 4º). Aunque se le ha negado la naturaleza mencionada a los dictámenes del Comité, en otras ocasiones nuestra jurisprudencia ha señalado lo trascendente que resulta “su función de vigilancia en la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, por lo que los Estados parte deben tratar de acomodarse a la interpretación que realice del mismo” (Auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001 [RJ 2001\7316] y sentencia de 9 de noviembre de 2001 [RJ 2001\10244]). La Audiencia Nacional califica, en la sentencia que comentamos, la doctrina respecto de la cuestión de suficientemente “ilustrativa”, pero sin duda las interpretaciones que de la misma han llevado a cabo los tribunales de nuestro país resultan un tanto contradictorias ya que, mientras por un lado el Tribunal Constitucional resta valor a los dictámenes del Comité, al no tener éste naturaleza jurisdiccional, por otro lado el Supremo insta a los Estados acomodarse a la interpretación que de los mismo se hace. La única explicación que se nos ocurre, a la luz de lo expuesto, es que ya que Tribunales no resultan vinculados en su interpretación de las normas de derechos humanos por los dictámenes emanados del Comité, corresponde a los Estados, vía legislativa, acomodarse a sus precisiones en materia de violación de los derechos humanos.



**2. Sentencia del Tribunal Constitucional 240/2005 (Sala Primera),  
de 10 de octubre (RTC 2005\1240)**

Recurso de amparo núm. 5430/2000

Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Se recoge en la sentencia un caso de delitos de intrusismo (creación de un centro esotérico de investigaciones) y relativos a la prostitución (algunos adeptos fueron obligados a ejercerla con el fin de conseguir ingresos para el centro) en el que fueron condenados los demandantes de amparo. Algunas de las víctimas del delito habían interpuesto demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por entender que habían sido privadas ilegalmente de libertad durante la instrucción de la causa (fueron conducidas a un hotel donde se procedió a interrogarlas, y sus declaraciones constituyeron la base esencial para la condena de los acusados), demanda que fue finalmente estimada (Sentencia de 14 de octubre de 1999, asunto Riera Blume y otros c. España). Los demandantes de amparo creen que la sentencia evidencia su inocencia al declara que algunas de las víctimas del delito que habían testificado en el juicio había sido privadas ilegalmente de libertad durante la instrucción de la causa.

La sentencia es buena prueba de la continua aplicación que los tribunales españoles hacen del artículo 10.2 de la Constitución Española, no sólo porque los propios recurrentes se basan en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para fundamentar la revisión de su caso, sino porque las referencias a sentencias de este tribunal son constantes a lo largo de toda la sentencia (Fundamento Jurídico 1, respecto de las garantías básicas del proceso; Fundamento Jurídico 3, respecto de la imparcialidad de jueces y tribunales,...) y su jurisprudencia contribuye en gran medida a la decisión final del Tribunal Constitucional de rechazar la demanda de amparo.

**3. Sentencia del Tribunal Constitucional 313/2005 (Sala Segunda),  
de 12 de diciembre (RTC 2005\313)**

Recurso de amparo núm. 114/2003

Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

El recurrente invoca en este caso los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, en concreto a la imparcialidad del juzgador y a la efectividad de la tutela judicial sin indefensión que aparecen en el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española. La aplicación del artículo 10.2 del texto

constitucional resulta en este asunto más clara si cabe que en el anterior y, de hecho, el propio Tribunal alude expresamente al mencionado artículo, al afirmar que ha sido la base para llevar a cabo una interpretación flexible del principio de subsidiariedad (para que una demanda de amparo sea admitida es necesario que el recurrente cumpla los presupuestos procesales previstos): “En relación con el examinado presupuesto procesal, es cierto que este Tribunal, a la hora de su interpretación conforme con la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales –art. 10.2 CE–, ha flexibilizado la vigencia del principio de subsidiariedad, al considerarlo cumplido cuando, al margen del necesario ejercicio de la recusación por parte del recurrente en amparo, los órganos judiciales ya se han pronunciado sobre la lesión del derecho fundamental. Si la posible vulneración del derecho al juez imparcial ha sido objeto de enjuiciamiento, de oficio o a instancia de otras partes, existiendo, por tanto, un previo pronunciamiento judicial al respecto, este Tribunal ha estimado cumplido el principio de subsidiariedad (SSTC 39/2004, de 22 de mayo [RTC 2004, 39], F. 2; 310/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000, 310], F. 2; en ambas se cita el caso *Castillo-Algar c. España* –§ 35 de la STEDH [TEDH 1998, 51]– y, en la segunda de ellas, además, los casos *Van Oosterwijck c. Bélgica* –Sentencia de 6 de noviembre 1980 [TEDH 1980, 6], §34 y ss.–, *Gasus Dossier-und Förder-technik GmbH c. Países Bajos* –Sentencia de 23 de febrero de 1995 [TEDH 1995, 8], §§48 y 49– y *Botten c. Noruega* –Sentencia de 19 de febrero de 1996 [TEDH 1996, 10], § 36–)” (Fundamento Jurídico 1°).

En el resto de la sentencia abunda, asimismo, la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse, por ejemplo, los fundamentos jurídicos 2° y 3°).

#### IV. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

- 1. Sentencia de la Audiencia Nacional núm. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006\181794)**  
Recurso contencioso-administrativo núm. 392/2004  
Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Nieves Buisán García
- 2. Sentencia de la Audiencia Nacional núm. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 27 de junio de 2006 (JUR 2006\187191)**  
Recurso núm. núm. 1405/2000  
Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Dolores de Alba Romero



**3. Sentencia de la Audiencia Nacional núm. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 27 de junio de 2006 (JUR 2006\187192)**

Recurso núm. 225/2001

Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Dolores de Alba Romero

Todas las sentencias recogen cuestiones relacionadas con la concesión del derecho de asilo y, aunque la Audiencia ha resuelto más casos al respecto, nos limitamos a recoger los tres arriba señalados, ya que el procedimiento en todos ellos es similar: examen de las pruebas aportadas por las partes y comprobación por el Tribunal de que se dan los requisitos exigidos por la *Convención sobre el Estatuto de los refugiados* de 1951 y el *Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados* de 1967, tal y como exige el artículo 3 de la *Ley 5/1984 de Asilo*.

En el primer caso, se concede el asilo a un nacional de República Democrática del Congo, activista de derechos humanos que, tras escapar de su país por el acoso que sufría por esa circunstancia, huye a Tanzania, donde se le concede la condición de refugiado pero donde también comienza a ser perseguido. La Audiencia considera probado, a la luz de los requisitos establecidos en los instrumentos internacionales mencionados, que el solicitante vive en una situación de inseguridad y bajo el temor permanente a sufrir persecución en ese nuevo país, lo que justifica que formule una nueva petición de asilo, esta vez en España.

Los otros dos casos fueron, sin embargo, rechazados por la Audiencia, por considerar que resultaba probado que los solicitantes de asilo tuvieran en su país de origen circunstancias que así lo justificaran. En el segundo caso (un nacional de Colombia) se considera que los ataques sufridos son consecuencia de la inseguridad colectiva del país y no de una persecución personal, recordando la Audiencia que, tal y como recogen numerosas sentencias “no es suficiente la simple referencia a la conflictiva situación del país de origen (...) sino que es necesario que se haya proyectado sobre su persona de manera particular” (Fundamento de Derecho 5º). En el tercer caso se deniega la petición de un nacional de Cuba, al considerar que los motivos alegados para solicitar el asilo (ambiente social y económico que le hacen imposible vivir de forma normal, según el Fundamento de Derecho 1º) no son suficientes.

**4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005/9831)**

Recurso de casación núm. 6006/2002

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cacer Lalanne



- 5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 12 de enero de 2006 (RJ 2006\31)**  
Recurso de casación núm. 7388/2002  
Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne
- 6. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 7 de abril de 2006 (RJ 2006\2052)**  
Recurso de casación núm. 2262/2003  
Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne
- 7. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 21 de abril de 2006 (RJ 2006\4880)**  
Recurso de casación núm. 550/2003  
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil
- 8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006\3662)**  
Recurso de casación núm. 3598/2003  
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil
- 9. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 23 de junio de 2006 (RJ 2006\3544)**  
Recurso de casación núm. 4881/2003  
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil
- 10. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 20 de julio de 2006 (RJ 2006\4649)**  
Recurso de Casación núm. 5842/2003  
Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne

Aunque son muchas las cuestiones de asilo a las que se enfrenta el Tribunal Supremo, hemos optado por reproducir sólo algunas de ellas, pues en definitiva lo que en cada asunto lleva a cabo el Tribunal es un examen de los requisitos establecidos en la *Convención sobre el Estatuto de los refugiados* de 1951 y el *Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados* de 1967, tal y como exige el artículo 3 de la *Ley 5/1984 de Asilo*, limitándonos en este apartado a comentar algunas de las circunstancias concretas de los casos incluidos en el listado.



En las dos primeras sentencias (sentencias de 30 de noviembre de 2005 y de 12 de enero de 2006), el Tribunal Supremo se enfrenta a dos peticiones de asilo (la primera, de un nacional moldavo que alegaba persecución por su condición de homosexual y la segunda, de una ciudadana rumana que alegaba persecución por motivos étnicos al ser de raza gitana) en las que finalmente estima el recurso de casación por entender que los motivos alegados por instancias anteriores para negarlo no eran suficientes. Las denegaciones se habían basado en que no concurría el requisito del artículo 5.6 F) de la Ley 5/1984 según el cual no se aceptará la solicitud si la persona procede de un país firmante de la Convención y no solicitó anteriormente el asilo. En los dos casos los solicitantes habían atravesado varios países de Europa firmantes de la Convención antes de su llegada a España, pero el Tribunal estimó que no estuvieron en ellos un tiempo razonablemente suficiente para proceder a solicitar el derecho de asilo.

Las sentencias 3<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup> y 7<sup>a</sup> (de 7 de abril, 19 de mayo y 20 de julio de 2006) contemplan las solicitudes de asilo de nacionales de Cuba, siendo los motivos alegados por todos ellos y las resoluciones del Tribunal bastante similares. Todos los recursos fueron denegados al entender que las razones aducidas por los recurrentes (descontento con la situación social, política y económica del país) no probaban que se hubiera producido una persecución u hostigamiento de los interesados.

La sentencia número 4 (de 21 de abril de 2006) recoge el caso de un nacional argelino objeto de persecución y sujeto a la presión terrorista de los grupos islámicos. El Tribunal Supremo suele negar las peticiones de asilo de ciudadanos de Argelia pues, según él mismo recoge “cuando un Gobierno mantiene la represión organizada y sistemática de los respectivos grupos terroristas, las amenazas o persecuciones perpetradas por éstos no pueden fundar la protección del asilo político, aunque se produzcan atentados inevitables, por lo que resultando notorio que el Grupo Islámico Armado (GIA) viene siendo combatido por el Gobierno argelino, no procede acceder a una petición de asilo basada en amenazas de aquel” (Fundamento de Derecho 3<sup>o</sup>). No ocurrió así en este caso, en el que se admitió el recurso, por considerar suficientemente probada la persecución sufrida, que va más allá, según sus palabras, del “temor a la presión de grupos terroristas islámicos”.

La sentencia número 6 (de 23 de junio de 2006) estima un recurso por el que se solicitaba el derecho de asilo de una mujer de Benin que escapó de su país antes de ser obligada a contraer un matrimonio a la fuerza. El Tribunal establece lo siguiente: “Ciertamente, esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y mar-

ginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005 [RJ 2005, 5167], rec. núm. 2107/2002), que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entra las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 [RJ 2005, 4295] –rec. núm. 1836/2002–, 9 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7051] –rec. núm. 3428/2002– y 10 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 9506] –rec. núm. 3930/2002–), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entra esas persecuciones sociales”.

## V. DERECHO DE LOS TRATADOS

### 1. Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 292/2005 (Pleno) de 10 de noviembre

Recurso de amparo núm. 1827/2005

Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde

La sentencia otorga el amparo constitucional al demandante contra el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2005, que concedía la extradición a Francia del demandante.

Las autoridades francesas solicitaron el 10 de enero de 2002, en virtud de Nota verbal, la extradición del demandante, de nacionalidad española, por hechos de “transporte no autorizado de estupefacientes, posesión no autorizada de estupefacientes”. Las autoridades francesas advertían de que se solicitaba la extradición de un ciudadano español, pero que el Gobierno francés no podría aplicar el principio de reciprocidad en este punto ya que la legislación francesa no autorizaba la extradición de ciudadanos franceses, de conformidad con la reserva que en su momento hizo la República Francesa al art. 6.1 del Convenio Europeo de Extradición, aplicable en esta materia. La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó auto de 29 de julio de 2004, declarando procedente la extradición a Francia del demandante. El actor se opuso a la extradición alegando que vulneraba el principio de reciprocidad ya que se procedía a extraditar a un ciudadano español mientras que las autoridades francesas no podrían acordar recíprocamente la extradición de ciudadanos franceses ante una petición de las autoridades españolas en ese sentido. Por ello, dicho auto fue recurrido en súplica por el demandante. El Pleno de la Sala de lo Penal de la AN desestimó el recurso en virtud de

auto de 28 de enero de 2005. En dicho auto, la AN señala que la legislación francesa ha sufrido una importante modificación en esta materia. Efectivamente, el Gobierno de la República Francesa depositó ante el Secretario General del Consejo de Europa una declaración, de fecha 12 de octubre de 2004, en virtud de la cual las disposiciones de Derecho comunitario relativas a la Orden de Detención Europea reemplazaban a las disposiciones correspondientes del Convenio Europeo de Extradición en los procedimientos de entrega entre Estados miembros de la Unión Europea. Esta declaración, en opinión de la AN, dejaba sin efecto la reserva a dicho Convenio en la que se prohibía la entrega de ciudadanos franceses. Por lo que no puede alegarse el principio de reciprocidad como un motivo para denegar la extradición del demandante. El recurso de amparo se interpuso ante el Tribunal Constitucional el 15 de marzo de 2005. Entre los motivos aducidos se destacará únicamente los relacionados con la perspectiva iusinternacionalista que preside este trabajo, en particular, el hecho de que la extradición se concedió en virtud de una normativa que no había sido publicada en el BOE en el momento de la adopción de la decisión de entrega.

En primer lugar, el TC reitera que los tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los ciudadanos y que una cláusula de un tratado y la reserva y la retirada de una reserva lo son, entra a formar parte del ordenamiento español una vez ha sido publicada de forma oficial. De hecho, de conformidad con el Derecho español, en particular según el art. 32 del Decreto 801/1972, cualquier “acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España” debe ser publicado.

La controversia en este caso gira en torno a la vigencia del Convenio Europeo sobre Extradición entre España y Francia a la vista de la reserva francesa que prohíbe la entrega de nacionales y de las disposiciones relativas a la Orden de Detención Europea. Es decir, “lo que se trata de dilucidar es si en relación con la entrega de nacionales entre España y Francia existía Convenio, lo que a su vez depende de si seguía existiendo la citada reserva y, en su caso, si su pérdida de eficacia, o la norma que se estimara que la comportaba, había sido publicada, lo que permitiría la aplicación por parte de los órganos judiciales de las cláusulas del tratado que en su día habían quedado sin vigencia por la reserva y que con tal publicación pasaban a formar parte del ordenamiento interno español”.

El TC indica que la declaración del Gobierno francés de 12 de octubre de 2004 al Convenio Europeo de Extradición, en virtud de la cual se dejaba



sin efecto la reserva al Convenio que prohibía la entrega de ciudadanos franceses, fue publicada en el BOE del 11 de mayo de 2005. Dicha declaración por tanto no había sido publicada en la fecha en que la Audiencia Nacional tomó la decisión de entrega, auto que lleva fecha de 28 de enero de 2005. Consecuentemente, la falta de publicación oficial en España de las normas que se invocan para conceder la extradición en el momento en el que se toma la decisión de autorizarla vulnera el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

## **2. Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 328/2005 (Sala Segunda) de 12 de diciembre**

Recurso de amparo núm. 1826/2005

Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera

El Auto de la Audiencia Nacional 89/2004, de 13 de octubre, concedía la extradición a Francia del demandante. Dicho auto fue recurrido en súplica y el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en virtud de Auto de 28 de enero de 2005 desestimó el recurso. El demandante interpuso recurso de amparo el 15 de marzo de 2005.

El caso es prácticamente idéntico al supuesto de la sentencia comentada en el apartado anterior; se otorga el amparo constitucional puesto que las normas en las que la Audiencia Nacional fundó la entrega del recurrente a Francia –en particular, una declaración relativa al Convenio Europeo sobre Extradición realizada por el Gobierno francés– no habían sido publicadas oficialmente en España y por tanto no podían fundar la extradición. La sentencia se remite expresamente a la sentencia 292/2005 de 10 de noviembre, por lo que damos por reproducidos los comentarios realizados en el apartado anterior.

## **VI. DERECHO DEL MAR**

### **1. Sentencia del Tribunal Supremo nº. 178/2006 (Sala de lo Penal) de 16 de febrero de 2006**

Recurso de casación núm. 1009/2004.

Ponente: D. Luis Román Puerta Luis.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 6 instruyó el sumario núm. 33/2001, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional. La Sección Primera

de la Sala de lo Penal dictó sentencia el 14 de julio de 2004. Los acusados interpusieron varios recursos de casación. Los hechos probados consisten, en resumen, en una operación de tráfico de drogas de dimensión considerable, en particular, de unas cinco toneladas de cocaína, que podrían haber alcanzado un precio en el mercado de ciento treinta millones de euros y en la que participaban dos grupos. El grupo español había adquirido la droga al grupo colombiano. Para el transporte de la mercancía desde las costas de Ecuador hasta España se compraron dos barcos: el DIRECCION002, al que se le cambió el nombre y se abanderó en Camboya, cargó la droga en las costas americanas; y el DIRECCIÓN001, con pabellón de la República de Togo, debía recogerla en alta mar para trasladarla a las costas españolas. La operación estuvo bajo la investigación de la DEA de Estados Unidos, la Real Policía Montada del Canadá y la Policía Española desde sus mismos inicios ya que la persona contactada por los acusados para organizar el transporte de la droga y el capitán del barco DIRECCIÓN002 eran testigos protegidos. La operación fue abortada en alta mar en el momento en el que se realizaba el trasvase de la droga desde un barco al otro barco, mediante el abordaje de este segundo buque. El abordaje lo realizó la tripulación del primer barco, el DIRECCION002, que estaba integrada por policías españoles, cuya intervención en la operación había sido autorizada por los Juzgados Centrales de Instrucción.

En los recursos de casación se aducen numerosos motivos cuyo estudio excede de los objetivos del presente trabajo. En los párrafos que siguen nos ocuparemos exclusivamente de aquellos motivos de recurso directamente relacionados con nuestra disciplina.

En primer lugar, se aduce la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de un delito cometido a bordo de naves mercantes extranjeras que navegan por aguas internacionales. El Tribunal desestima dicho motivo e invoca el art. 23.4 LOPJ, que establece 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 “(...) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes”. La disposición es perfectamente coherente con los convenios de las Naciones Unidas sobre el tráfico de drogas y con el art. 6 del Convenio sobre alta mar de 29 de abril de 1958, que reconoce la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón excepto en casos excepcionales previstos explícitamente en los tratados internacionales, tal y como ocurre con los delitos de tráfico de drogas. En palabras del Tribunal, la jurisdicción del Estado del pabellón del buque no constituye un principio de valor universal. En efec-

to, de acuerdo con el Derecho Internacional, en particular, el art. 91.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, para que la nacionalidad de los buques sea oponible ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque, lo que no ocurre en este caso, por tratarse de un buque con pabellón de conveniencia que responde a finalidades delictivas e intención fraudulenta. El Tribunal trae a colación además, entre otras disposiciones internacionales, el art. 108.1 de dicha Convención y el art. 36.4 de la Convención Única de 1961 que dispone que “ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación de cada Parte”.

En el marco jurídico descrito, el legislador español ha establecido en el art. 23.4 LOPJ. Por tanto, los tratados internacionales mencionados permiten que sus Partes Contratantes incorporen en sus Derecho internos variados mecanismos y procedimientos, en definitiva, variadas soluciones para conocer de las materias reguladas en dichos tratados, en este caso, el tráfico ilícito de drogas. En ese sentido, el Estado español ha elegido el principio de jurisdicción universal para combatir este tipo de delitos.

El Tribunal insiste en que la relación del buque con el Estado de pabellón no es auténtica y finalmente, subraya que la nacionalidad de varios acusados es la española, buena parte de la trama delictiva se gesta en España y el destino de la droga era el territorio español, avalando la validez de la jurisdicción española (F.5).

## **2. Sentencia del Tribunal Supremo 151/2006 (Sala de lo Penal), de 20 de febrero de 2006 (RJ 2006\1780)**

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

Esta sentencia, aunque no aporta ninguna novedad de fondo destacable, es un claro ejemplo de aplicación de los tratados internacionales por los tribunales españoles, que llegan incluso a considerar inaplicable una norma de la legislación española por entender que lo que resulta realmente adecuado para resolver la cuestión es la *Convención de Naciones Unidas para la represión del tráfico de estupefacientes* de 20 de diciembre de 1998 (Fundamento de Derecho 8º): “A) El art. 561 LECrim es una norma procesal referida a las entradas y registros en los buques mercantes extranjeros, que carece de efectos en el presente caso al que debe aplicarse la disposición más específica del art. 17 de la Convención de Naciones Unidas de represión para el tráfico de



estupefacientes, de 20 de diciembre de 1988 (RCL 1990, 2309), ratificada por España, que forma parte de nuestro ordenamiento interno conforme al art. 96.1 CE, que es la norma aplicada en el presente caso por la sentencia recurrida (pp. 10 y 11)” (Fundamento de Derecho 8°).

## VII. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

### **1. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º. 116/2006 (Sala Primera) de 24 de abril.**

Recurso de amparo núms. 73/2002.

Ponente: D. Pablo Pérez Tremps.

La sentencia ha sido comentada en la sección relativa al derecho a la revisión de la pena y el fallo condenatorio. No obstante, la especial atención que dedica el Tribunal al examen de la naturaleza jurídica de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas merece que esta resolución sea citada de nuevo en esta sección.

### **2. Sentencia del Tribunal Supremo 151/2006 (Sala de lo Penal), de 20 de febrero de 2006 (RJ 2006\1780)**

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

Esta sentencia ha sido comentada en la sección anterior, sobre Derecho del Mar, y a los comentarios allí realizados nos remitimos. Su interés particular, en relación con el tema de esta sección, reside en la inaplicación de la legislación española en el caso concreto, ya que el Tribunal Supremo entiende que la norma realmente aplicable es una disposición de un tratado internacional.

### **3. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3ª), de 20 de abril de 2006 (RJCA 2006\354)**

Recurso contencioso-administrativo núm. 1/2004

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Díaz Fraile.

La sentencia aborda de nuevo la naturaleza jurídica de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ha sido comentada en



la sección relativa relativa al derecho a la revisión de la pena y el fallo condenatorio. Lo realmente destacable es la “contradicción” o falta de coherencia entre la postura sobre los efectos de dichos dictámenes que defiende la AN y el Tribunal Supremo y la postura del Tribunal Constitucional a ese respecto.

## VIII. JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

### **1. Auto de la Audiencia Nacional JUR 2006/126471 (Sala de lo Penal) de 8 de marzo,**

Recurso de apelación núm. 381/2005

Ponente: D. Fernando García Nicolás

El Juzgado Central de Instrucción núm. 1, en auto de 19 de octubre de 2005, acordó la busca, captura y detención a efectos de extradición de tres militares estadounidenses por los hechos que se reseñan más abajo y que han dado lugar al conocido “caso Couso”. El Ministerio Fiscal interpuso, contra dicho auto, recurso de reforma que fue desestimado por dicho Juzgado en auto de 28 de octubre de 2005. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en auto de 8 de marzo de 2006, estimó el recurso y revocó la resolución de instancia, declarando la falta de jurisdicción española para perseguir los hechos por los que se seguían las actuaciones y decretando el archivo.

Los hechos que son la base del auto recurrido son bien conocidos:

“El 20 de marzo del 2003 comenzó un enfrentamiento bélico en Irak, cruzando tropas estadounidenses y británicas la frontera con Kuwait. Desde varios días antes del comienzo del conflicto, la mayor parte de la prensa internacional se encontraba alojada en el hotel ‘Palestina’ de Bagdad, adonde se había trasladado desde el Hotel ‘Rashid’, por indicación del Pentágono Estadounidense. Después de varios días de guerra, en la madrugada del 8 de abril de 2003, la 3a División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos cruzó la zona occidental de Bagdad hasta situarse en la ribera del río Tigris. Al otro lado del río, en la zona oriental, se encontraba la mayor parte de las áreas residenciales de Bagdad, donde vivía la mayoría de la población civil, y era allí donde se encontraba ubicado el hotel ‘Palestina’, uno de los edificios más altos de la ciudad. A media mañana de ese día, los tanques del 64º Regimiento Blindado, 4º Batallón, pertenecientes a la 3a División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos se situaron en un extremo del puente ‘Jamurohaora’, a un kilómetro y medio del hotel ‘Palestina’. So-

bre las 11 horas, aproximadamente, el carro de combate estadounidense 'Abrams MI', perteneciente a la compañía 'A', disparó un proyectil contra el hotel, a la altura de la planta quince. El periodista español de la cadena de televisión 'Telecinco', don José Manuel [Couso], fue alcanzado por el impacto, falleciendo pocas horas después en el Hospital 'Ibn Nafis', de Bagdad. Asimismo perdió la vida en ese ataque el reportero de la agencia 'Reuters', Taras Protsyuk".

El Instructor calificó tales hechos como delito contra la comunidad internacional, de acuerdo con el art. 611.1, en relación con el art. 608.3, ambos del Código Penal, y delito de asesinato, previsto en el art. 139 del Código Penal, contra personas protegidas en virtud del IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949. No obstante, el debate de este recurso está centrado en la existencia o no de jurisdicción española. Por el carácter previo de dicho motivo, la Audiencia Nacional aborda esa cuestión en primer lugar.

Tanto el Instructor como la mayor parte de las acusaciones entienden que el tipo incriminado es el crimen de guerra o infracción grave del IV Convenio de Ginebra de 1949 y Protocolo I Adicional de 1977. La Audiencia revisa el caso analizando la presencia de los elementos típicos de la figura penal incriminada:

1º) Los hechos se producen dentro de un conflicto (...) internacional cual es la conocida guerra de Irak, iniciada el 20 de marzo de 2003.

2º) Los resultados de dos muertes se producen precisamente en el conflicto (...) internacional, y derivan directamente del mismo.

3º) Los tres presuntos sujetos activos que se imputan, pertenecen a las Fuerzas Armadas Norteamericanas, en el ejercicio de sus misiones dentro de la disciplina militar de Estados Unidos de América.

4º) Los dos fallecidos son dos periodistas, de nacionalidad española y ucraniana, considerados como personas civiles protegidas ya por el IV Convenio (RCL 1952, 1244) "in genere", limitándose el Protocolo I Adicional (RCL 1989, 1646, 2187 y 2197) a contemplar específicamente la cualidad periodística (ex art. 79).

5º) y 6º) Intencionalidad dolosa y carácter de infracción grave al IV Convenio. (...)

7º) Mecánica delictiva. El artículo 611.1º requiere realizar u ordenar realizar ataques a-Indiscriminados, b-Excesivos, o c-Contra la población civil.

La presencia de los elementos del tipo es indiscutible en relación con los puntos 1º a 4º. Con respecto a los puntos 5º y 6º, de acuerdo con el art. 611 del Código Penal se puede establecer una relación de concurso real entre el crimen de guerra y los asesinatos del art. 139 CP, según el Instructor. En am-

bos tipos debe darse el dolo intencional. La Audiencia ubica los hechos del caso de autos en las violentas batallas que se libraban entre las tropas estadounidenses y la Guardia Republicana de Irak por el control de Bagdad, en particular por el control del puente “Jamurohara”. En esta batalla las unidades estadounidenses sufren serios ataques con abundante fuego artillero y armas ligeras. Gracias a la intervención de las comunicaciones iraquíes, el ejército estadounidense descubre, en opinión de la Audiencia, que en el Hotel Palestina existe un puesto de observación y dirección de tiro. Por lo tanto, el ejército estadounidense realiza a gran distancia un único y directo disparo contra un objetivo militar. El proyectil alcanzó a los dos camarógrafos causando la muerte.

En palabras de la Audiencia, “no se trata de un acto intencional doloso de causar la muerte de dos personas civiles protegidas, sino de un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado, y no concurre en los hechos el requisito de intencionalidad dolosa o ‘adrede’ en las muertes de personas civiles, o como es de requerir respecto de la figura del asesinato en el CP español, el dolo directo de matar a personas civiles, que lo hace incompatible con la imprudencia”.

En relación con el punto 7, la Audiencia entiende que no se da un ataque indiscriminado, excesivo o contra la población civil, sino que “[e]l disparo del tanque norteamericano se dirigió específicamente contra una unidad erróneamente identificada como combatiente, y consecuentemente fue dirigido únicamente contra un objetivo militar, en el ámbito de las intenciones. En este plano, no fue indiscriminado, al estar dirigido contra ese objetivo militar concreto. Y no fue excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, sino proporcional y limitado al punto que ponía en riesgo a las unidades norteamericanas”.

Por tanto, en opinión del alto Tribunal no concurren los elementos típicos necesarios para constituir las figuras penales invocadas, la del art. 611.1 en relación con el art. 608.3 CP y con las infracciones graves al IV Convenio de Ginebra.

Finalmente, la Audiencia aborda la cuestión de si los hechos reseñados pueden ser conocidos por los tribunales españoles, a pesar de que no concurren los elementos típicos para constituir las figuras penales invocadas. La Audiencia recuerda los criterios para determinar el ámbito de la jurisdicción española, a saber:

“1.-El de territorialidad, que no concurre al no haber sucedido los hechos en territorio español, ni en buques o aeronaves españoles. 2.-El criterio de per-



sonalidad activa, que no se da, por no ser los imputados ciudadanos españoles. 3.-El principio de protección real, inaplicable por no referirse las conductas a los tipos que se determinan. 4.-El principio de justicia universal para determinados crímenes internacionales, recogiendo 'expresa verbis' determinados delitos –letras a) a g)– y al final, como cláusula de cierre, h), cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España, que comprende las infracciones graves a los Convenios de Ginebra (RCL 1952, 1184), (RCL 1952, 1193), (RCL 1952, 1244) y (RCL 1952, 1251). Correlativamente, el art. 65. núm. 1º, e), establece la competencia de la Audiencia Nacional sobre los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles”.

En definitiva, los tribunales españoles carecen de jurisdicción para conocer los hechos de autos y la Audiencia estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal en ese sentido.