
Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público*

Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ
Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS
José Elías ESTEVE MOLTÓ

I. EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

A pesar de la reducción en el número de resoluciones relativas a esta sección, motivado por la aplicación de la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE de 24 de noviembre de 2009), el periodo cubierto por este estudio ha dado lugar a la adopción de varias resoluciones interesantes relativas a temas como la mutilación genital infantil en el Senegal, o la que-rella interpuesta contra el equipo legal de la administración del ex-presidente estadounidense G.W. Bush por acordar lo necesario para llevar a cabo inter-namientos y procedimientos de tortura empleados en los interrogatorios a los detenidos en la base de Guantánamo con impunidad, que se comentan a continuación.

Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción nº 5) de 29 de octubre de 2012

Sumario 19/1997

Nos vuelve a sorprender una nueva resolución judicial relativa a la interpretación del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ en la que se admite la competencia para enjuiciar hechos al estimar que no se ha efectuado un proceso

* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de septiembre de 2012 al 31 de agosto de 2013.

o investigación eficaz en el país en que tuvo lugar el ilícito en el llamado caso Carmelo Soria.

Lo paradójico del caso es que para apoyar su posición el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, que es a quien correspondió la querrela, se apoya en el voto disidente que se emitió con ocasión del auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2012, que inadmitió la querrela. Precisamente la inadmisión se fundamentó en la consideración de que sí había tenido una actuación efectiva en el país en que se cometió el presunto delito penal enjuiciado. Ahora bien, el voto disidente vino a discrepar de la opinión mayoritaria y declaró que debía haberse admitido la competencia de los tribunales españoles. En el caso que ahora nos ocupa, el presunto delito tuvo lugar en Chile, sin embargo lo que motivó que el Tribunal Supremo no admitiera a trámite la querrela transcurrió en los Estados Unidos de América. Ello, tal vez infundadamente, nos induce a pensar que en los casos de jurisdicción universal, la posición de los distintos países ante la justicia está impregnada de ciertas circunstancias que determinan que la interpretación de la ley pueda seguir caminos diferentes en función del país de que se trate.

El auto al que nos referimos es el dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 5 con fecha 29 de octubre de 2012. En este asunto se presentó querrela, con apoyo en el artículo 23.4 de la LOPJ, por los hechos que tuvieron lugar «dentro del proceso de represión sistemática y eliminación de opositores» (hecho segundo del auto) a la dictadura militar de Chile. Precisamente en 1976 Carmelo Soria Espinosa, de nacionalidad española, prestaba su actividad en aquel país como miembro del personal diplomático para las Naciones Unidas. En dicho año «fue secuestrado por agentes de la DINA (...) instrumento de represión política de la dictadura militar». Tras ello, fue conducido a un centro clandestino de interrogatorios donde «fue torturado –maniatado y con la cara cubierta– durante varias horas, sufriendo fracturas en las costillas (...). Tras ello acabaron con su vida (...) mediante estrangulamiento manual» (hecho segundo del auto). Consta que el 23 de agosto de 1996, «la Corte Suprema de Chile, en aplicación del artículo 1 del Decreto Ley 2191 de 1978 sobreseyó el procedimiento» (hecho tercero del auto) que se había iniciado contra los ahora imputados en la querrela.

Tras la exposición de los hechos, sucintamente expuestos, el presente auto realiza un examen del principio o criterio de subsidiariedad de la jurisdicción española recogido en el artículo 23.4 de la LOPJ, y sigue en este punto el voto disidente emitido en el auto del TS antes referenciado, señalando que

la única limitación a la jurisdicción española derivaría del non bis in idem, la existencia de cosa juzgada. Y en cuanto a preferencia de otra jurisdicción diferente de la española, no sería de aplicación el principio *locus delicti* sino el criterio de persecución efectiva, que determinaría la mejor posición para enjuiciar en virtud de rigurosos estándares. Doctrina esta que conecta perfectamente con los principios propios del Derecho Penal Internacional que a este fin determina la prioridad del enjuiciamiento de estos crímenes, no en función del lugar del delito, sino de las garantías que ofrece la legislación penal y procesal del país en que va a tener lugar el proceso o investigación.

Con el mismo apoyo en el voto disidente recoge el auto, la aplicabilidad del principio de complementariedad fijando los elementos jurisprudenciales exigidos, entre los que se encuentran la identidad del caso (*same conduct test*) y los criterios de investigación efectiva, que quedan establecidos según el Tribunal Penal Internacional en averiguar si el proceso o decisión fue tomada para «proteger» a los afectados. Asimismo debe determinarse si existe un injustificado retraso y si se ha llevado a cabo el procedimiento de forma independiente e imparcial.

Bajo estos criterios, concluye el auto, no ha tenido lugar en Chile una investigación efectiva puesto que la auto-amnistía se dictó, «(...) no obedeciendo a decisión alguna de un parlamento democrático en el ejercicio de la soberanía del país». Con estos antecedentes de hecho y derecho se declaran procesados los querellados y se acuerda su búsqueda y captura.

Ciertamente queda claro que si en Chile se inició un proceso, por los mismos hechos y con identidad de personas, de haber continuado con los parámetros de independencia e imparcialidad, quedaría excluida la competencia de los tribunales españoles. Sin embargo quedarían pendiente de resolución diversas cuestiones, como son la relativa a si, en este y otros casos, se habría tenido que investigar por el Juzgado Central de Instrucción, o si realmente el proceso que se llevaba a cabo cumplía o no los estándares rigurosos que al efecto demanda el derecho internacional. Asimismo tendría que examinarse, como cuestión previa, la prioridad de la competencia del tribunal teniendo en cuenta que al efecto no debe admitirse el principio de *locus delicti* tal como hemos expuesto. Se trata en definitiva cuestiones que han quedado sin resolver en este caso y que en ulteriores resoluciones judiciales tendrá que dilucidarse sobre todo en función de lo que al respecto establezca el Tribunal Constitucional; toda vez que el Tribunal Supremo admite plenamente como válido el criterio prioritario para juzgar del tribunal en cuyo territorio haya tenido lugar el crimen.

Por último no podemos estar totalmente de acuerdo con la afirmación del auto relativa a que no se admiten las auto-amnistías que no hayan derivado del acuerdo parlamentario representativo de la soberanía popular, ya que ello supone que si podrían ser válidas aquellas tomadas por un parlamento realmente democrático y representativo. No estamos de acuerdo con esta conclusión por cuanto infringe claramente normas de *ius cogens* internacional, las cuales impiden la impunidad de los autores de crímenes contra el derecho de gentes; impunidad que no puede anularla un parlamento mediante una ley de amnistía. Estos graves crímenes no debieran ser objeto de indulto alguno, ni siquiera en vía parlamentaria, pues es la comunidad internacional y no solo la nacional, la ofendida. Ahora bien mientras algunos tribunales han interpretado y aplicado de forma progresista estos criterios en detrimento de las amnistías, como de forma reiterada ha sentenciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, otras instancias como nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 101/2012, de 27 de febrero de 2012 relativa a las desapariciones forzadas y otros crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo han llegado al veredicto contrario. Pronunciamiento que le ha valido el reciente reproche a España del Grupo de Trabajo del Comité sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas.

Auto de la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2012

Número de Recurso 857/2012

Ponente: *Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz*

Este auto viene a desestimar la admisión del recurso de casación del caso del Tíbet. El presente asunto tiene su origen en el escrito de 30 de julio de 2008 que por turno de reparto correspondió al Juzgado de Instrucción Central núm. 1, querrela contra determinados dirigentes chinos como presuntos autores de delitos, calificados genéricamente como crímenes contra la humanidad. Mediante auto, de fecha 5 de agosto de 2008, se admitió a trámite la querrela declarando que los hechos establecidos en la misma constituían los delitos previstos en el artículo 607 bis del Código Penal. El Juzgado Central de Instrucción núm. 1, por auto de 26 de febrero de 2010, al entender que no concurrían los nuevos criterios de conexión, exigidos en el actual artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por LO 3/2009 –existencia de víctimas españolas, que los presuntos responsables se encontraran en España o

existencia de un interés nacional relevante— y que los tratados internacionales de los que traían causa los delitos objeto de acusación no permitían prescindir de la presencia de cualquiera de los tres puntos de conexión legalmente establecidos, acordó el archivo de las actuaciones. Los querellantes contra este auto interpusieron recurso de reforma y subsidiario de apelación, resolviendo el Juzgado instructor el recurso de reforma por auto de 26 de marzo de 2010, que desestimaba el recurso interpuesto.

Una vez admitido el recurso de apelación y elevado a la Sección Segunda, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para su sustanciación se avocó la decisión al Pleno de la Sala de lo Penal. Ésta, por auto de 27 de octubre de 2010, confirmó la resolución del Juzgado instructor, que acordaba el archivo de las actuaciones, por mayoría de sus componentes, formulando un voto discrepante tres de los magistrados integrantes del Pleno de la Sala de lo Penal. Contra esta resolución, una vez anunciado el pertinente recurso ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se formalizó recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que fue inadmitido mediante auto núm. 1566/2011, de fecha 6 de octubre de 2011. Contra el auto de fecha 6 de octubre de 2011 se presentó incidente de nulidad de actuaciones. La vulneración alegada se produjo ex novo, en el auto de inadmisión núm. 1566/2011, del tribunal casaciones, de 6 de octubre.

En el incidente de nulidad presentado ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo se denunció la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1, CE en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, al deber de motivación de las resoluciones judiciales y a no producir indefensión.

El recurso de casación se fundamentó en dos motivos. En el primero se alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 en relación con los arts. 9.3 y 53.1 de la Constitución Española, y en relación con el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este motivo, en síntesis, se alegaron dos cuestiones respecto a la resolución que se recurría, afirmándose que la misma vulneraba el derecho a la tutela judicial de los querellantes por una parte, al aplicar indebidamente los tratados internacionales de los que se deriva la jurisdicción española para investigar y enjuiciar los hechos denunciados, y, por otra, al omitir la existencia de vínculos de conexión, en ambos casos en contra de lo que, con claridad y precisión, dispone la ley aplicable al caso, al haberse interpretado erróneamente la aplicación del art. 23.4 de la LOPJ.

En el segundo motivo se alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 y 2 de la Constitución Española en relación con los

artículos 9.3 y 53.1 de nuestra norma suprema, al haberse aplicado con efectos retroactivos la reforma legal del artículo 23.4 de la LOPJ. La Sala, al inadmitir el recurso de casación interpuesto, omitió motivar la inadmisión del motivo primero, en su primera vertiente, es decir, en lo referente a la aplicación de las disposiciones de los tratados internacionales, más allá de la existencia o ausencia de vínculos de conexión. En lo que concierne a los tratados internacionales aplicables, que contemplan la obligación de perseguir los crímenes investigados en este procedimiento, ejercitándose el principio de jurisdicción universal, la Sala se limita a resumir la alegación de esta parte, sin resolver la cuestión planteada.

En definitiva, la resolución cuya nulidad se instó vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, al incurrir en vicio de incongruencia omisiva y falta de motivación, toda vez que, a pesar de que se afirma que, en el motivo primero del recurso, se han planteado dos cuestiones –la existencia de vínculos de conexión y la aplicación de los tratados internacionales– únicamente se motiva la inadmisión en relación con la falta de vínculos de conexión, silenciándose cualquier pronunciamiento sobre la obligada aplicación de los tratados internacionales, que, además en nuestro caso, en estricta aplicación del art 23.4 LOPJ los tratados internacionales no exigían la concurrencia de vínculo de conexión alguno, como luego se verá.

Este incidente de nulidad, que, por tanto, fue desestimado mediante auto de fecha 25 de octubre de 2012. Respecto a esta resolución consta un voto particular que concluye que debió estimarse la pretensión de nulidad y, además, admitirse a trámite el recurso de casación interpuesto, con el fin de resolverse el fondo de la cuestión relativo a la aplicación de los tratados internacionales.

Según la parte querellante el TS ha incurrido en la llamada incongruencia omisiva o fallo corto, que constituye un vicio *in iudicando* que tiene como esencia la vulneración del deber de atendimiento y la resolución de las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente. La omisión versó sobre una cuestión jurídica esencial en este caso, a saber, sobre la aplicación de los tratados internacionales detallados en el escrito de recurso, sin perjuicio de que concurren o no vínculos de conexión, para el ejercicio de la jurisdicción universal. Esta cuestión ha sido silenciada en el auto de 6 de octubre de 2011, no constando resuelta ni de forma expresa ni implícita.

Tal y como consta en el voto particular del auto de fecha 25 de octubre de 2012, que estima que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales alegada: «la mayor o menor amplitud con que se interprete ese inciso

del texto normativo resulta determinante para fijar el ámbito de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico del principio de jurisdicción universal con respecto a los crímenes incluidos en el derecho penal internacional». En el referido voto particular se concluye que, como consecuencia de la falta de motivación, debió de haberse admitido el incidente de nulidad y, además, debió declararse admitido el recurso de casación, a fin de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se pronunciase sobre el fondo de la cuestión, es decir, la aplicación de los tratados y convenios internacionales.

Asimismo debe destacarse que en el auto en cuestión, la argumentación de las resoluciones que vulneran los derechos fundamentales de los demandantes de amparo se fundamenta única y exclusivamente haciendo referencia al crimen de genocidio (y en especial a su Convención), cuando los hechos denunciados fueron calificados y tipificados en primer lugar como crímenes contra la humanidad y posteriormente en la ampliación a la querrela, admitida mediante auto 14 de julio de 2009, como crímenes de guerra.

En todo caso, tanto estas alegaciones como otras interpuestas en el recurso no fueron abordadas por el Tribunal Supremo y ante dicha resolución se presentó con posterioridad demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, que a fecha de la presente redacción, aún no ha sido resuelto.

Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2012, nº 1916/2012

Recurso núm. 1133/2012.

Ponente: *Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz*

Entre los distintos pronunciamientos emitidos por los órganos judiciales españoles concernientes al enjuiciamiento de los graves delitos recogidos en las Convenciones y Tratados Internacionales, se encuentra este auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2012, que mantiene y sigue la línea abierta y propiciada por la reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada en noviembre de 2009, tras un cuestionado proceso parlamentario criticado por haberse iniciado y consensuado por influentes motivaciones políticas, más que jurídicas.

Esta resolución judicial sobre el llamado caso «los Seis de Bush» realiza una interpretación altamente restrictiva del principio de justicia universal y con ello impide el conocimiento por los juzgados y tribunales españoles de la querrela presentada. La misma imputaba graves delitos al equipo legal de

la administración de Bush, como el de establecer la base jurídica para obtener impunidad para llevar a cabo internamientos y procedimientos de tortura empleados en los interrogatorios a los detenidos en la base de Guantánamo (especialmente concebido como centro de internamiento por no ser territorio estadounidense) tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001.

El contenido del Auto nos da pie y ocasión para comentar esta línea interpretativa abierta por la citada por la ley 1/2009. El iter procesal de es el siguiente:

Con fecha 17 de marzo de 2009, antes de la mencionada reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, se presenta querrela ante los juzgados centrales de instrucción contra David Addington y otros, «por haber elaborado la base jurídica VINCULANTE (la mayúscula es nuestra) y necesaria para que pudiera instaurarse un plan sistemático de torturas y trato cruel con los detenidos a quienes se imputara su pertenencia a Al-Qaeda...» (voto disidente del auto del TS).

Por los querrelados se elaboraron diferentes Memorándums para lograr la impunidad, tanto de los que efectuaban los interrogatorios, como de las personas que venían a autorizarlos ya que se «...estimaba que la impunidad era necesaria porque (...) es difícil predecir los motivos que en un futuro podrían tener los fiscales y procuradores que podrían optar por enjuiciar» (a los presuntos responsables de las torturas, claro está). Sobre la base de tales informes el entonces Presidente de Estados Unidos, George Bush, tomo una decisión concluyente: «Acepto la conclusión jurídica del departamento de justicia de que ninguna de las disposiciones de Ginebra corresponden a nuestro conflicto con Al Qaeda. Acepto la conclusión jurídica del fiscal general y del departamento de Justicia de que cuento con la Autoridad conforme a la Constitución para suspender las Convenciones de Ginebra. Acepto también la conclusión jurídica del departamento de Justicia y determino que el artículo tercero común de Ginebra no se aplica (...) determino que los talibanes son combatientes ilícitos y por tanto no calificables como prisioneros de guerra».

Como es bien sabido, los precitados Memorándums, entre otros extremos, venían a legitimar la posibilidad por la cual en los interrogatorios a supuestos miembros de Al Qaeda se empleasen técnicas individuales tales como «confinamiento en espacios reducidos, privación del sueño, posiciones de tensión extrema por lapsos prolongados, introducción de insectos en cajas de confinamiento, simulacro de asfixia con agua (estimando que) eran medios hábiles de interrogatorio que no constituían tortura al no infligir dolor físico o sufrimiento mental intenso» (voto disidente). Asimismo los repetidos

Memorándums venían a interpretar el Convenio contra la Tortura señalando que solo prohíbe aquellos castigos que equivalen a la privación de un órgano vital o a la muerte. También se describían «tres técnicas de las denominadas avanzadas entre las que se incluía el ahogamiento, la privación sensorial de luz y sonido, la privación de sueño, el acoso con perros (se dejaban) para aplicarse caso por caso según las necesidades del prisionero» (voto disidente).

Dicha querrela correspondió por reparto al Juzgado Central de Instrucción nº 6, quien inicia Diligencias Previas con fecha 23 de abril de 2009. Antes de la admisión de la querrela por dicho Juzgado se emite auto de 4 de mayo de 2009, por el que se libra Comisión Rogatoria a Estados Unidos recabando informes relativos a si en dicho país se han realizados actuaciones que supongan la iniciación de procedimientos contra los imputados. Tras distintos requerimientos para que se conteste a la Comisión Rogatoria al no conseguirlo tras el transcurso de casi dos años, se dicta auto recordatorio dando como plazo máximo de contestación el 21 de marzo de 2011.

Días antes el 11 de marzo de 2011 el Ministerio de Justicia de España remite al juzgado la documentación enviada por Estados Unidos, contestando a la comisión rogatoria. Sobre la base de esa respuesta dicho Juzgado Central de Instrucción, dicta auto, con fecha 13 de abril de 2009, por el que textualmente se señala: «Acordar el sobreseimiento provisional de la presente causa, inadmitiendo a tramite la querrela...».

Como no podía ser de otra forma, la parte querellante, en modo alguno se aquieta ante esta resolución, y formula contra la misma el oportuno recurso de Reforma y subsidiario de apelación. Denegado el primero, el Pleno de la Audiencia Nacional examina los fundamentos expuestos en la apelación y dicta nuevo auto que ratifica el recurrido, manteniendo la falta de competencia de la jurisdicción española.

Nuevamente se estima que esta resolución judicial no se ajusta a derecho, interponiéndose contra ella recurso de casación. El Tribunal Supremo tras examinar la los motivos de recurso del auto impugnado, concluye mediante auto de 20 de diciembre de 2012, «no haber lugar a la admisión de los recursos», condenando en costas a la parte recurrente.

Todas estas resoluciones judiciales parten del principio por el cual la competencia, en materia de justicia universal, es subsidiaria, teniendo prioridad para el enjuiciamiento de estos delitos la jurisdicción territorial en que ha tenido lugar el delito (principio de prioridad del *locus delicti*). Así pues en el presente caso en EEUU las «autoridades competentes norteamericanas, han

realizado una serie de investigaciones y de procesos judiciales que tienen por objeto los hechos que aquí se denuncian...» (razonamiento jurídico segundo).

En consecuencia el TS declara la falta de competencia de la jurisdicción española e impone costas a los querellantes, tras concluir que:

«En definitiva, con mayor o menor alcance, los Estados Unidos han investigado los hechos ocurridos en Guantánamo, de hecho la investigación preliminar sobre el trato dado allí a los detenidos acordada por el Fiscal Holder en el año 2009, aún está en trámite.

Es cierto que no consta que como consecuencia de dichas investigaciones se hayan formulado acusaciones penales, y que el propio Fiscal Holder anunció, en la declaración ya mencionada, que la Fiscalía no formularía acusación contra aquellos que hubieran actuado de buena fe, dentro del marco legal establecido en su día por la Office of Legal Counsel respecto a los interrogatorios de los detenidos; pero ello no implica sin más, como se pretende, que las investigaciones realizadas hasta el momento no hayan sido efectivas, a los efectos de no aplicar el criterio de subsidiariedad previsto en el apartado cuatro del artículo 23 de la LOPJ, o que la actualmente en trámite no alcance resultado alguno».

Por tres magistrados se formula voto disidente que viene a analizar jurídicamente, y de forma mucho más completa y precisa, todas las controversias que se plantean con la querrela; voto que compartimos por considerarlo mucho más ajustado a derecho, que el de la mayoría.

En primer lugar se examina el principio de subsidiariedad. Con conclusiones diferentes tanto la mayoría que suscribe el auto como los tres magistrados que emiten voto disidente abordan esta cuestión. Siendo así se recuerda que en el penúltimo párrafo del tan citado artículo 23.4 LOPJ se establecen los requisitos para que pueda conocer la justicia española de estos crímenes. Se configuran distintos requisitos de admisibilidad de la querrela sin los cuales carece de competencia la jurisdicción nacional. En realidad esta norma se ajusta a lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece los requisitos de perseguibilidad, como son la constancia de existencia de indicios de delito y el examen de la propia competencia. La ausencia de uno de estos requisitos, concretamente el que del delito no este conocimiento otro tribunal competente, da ocasión a la inadmisión de la querrela.

Nuestro Tribunal Constitucional tiene establecido que presentada una querrela y examinado que en su relato fáctico se explanan unos hechos indiciarios de delito, en aras del principio pro actione, resulta absolutamente necesari-

rio el proceder a su examen a través de la oportuna investigación. Cabe recordar que este alto Tribunal en sentencia, entre otras de la Sala 2ª de 22-8-2008 (EDJ 2008/172272), señala que el «derecho a la tutela judicial efectiva solo se satisface si se produce una investigación judicial efectiva y suficiente...». Asimismo también tiene declarado ese Tribunal, «el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma ESPECIALMENTE INTENSA dada la vigencia en estos casos (así como en el denegatorio de la jurisdicción cuando se cierra el acceso al proceso) del citado principio pro accione (SSTC 203/2004 de 16 de noviembre FJ 2 EDJ 2004/174005, de 28 de febrero, FJ 3 EDJ 2005/16275, 133/2005 de 23 de mayo. FJ 2 EDJ 2005(1065, entre otras muchas). Principio de obligada observancia por los jueces y tribunales que impide que DETERMINADAS INTERPRETACIONES Y APLICACIONES DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS LEGALMENTE para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a el sometida (SSTC 133/2005 de 23 de mayo, FJ 2, 168/2003 de 29 de septiembre, FJ 2 EDJ 2003/89783).

Pues bien el voto disidente que acompaña al auto que comentamos, de forma muy exacta y jurídicamente precisa, acredita la existencia de forma más que indiciaria el delito imputado. Siendo esto así, en aras de la doctrina del constitucional referenciada se exige, para no infringir el principio de acceso a la justicia, que se de respuesta a través de sentencia, lo que como es obvio demanda el inicio de un procedimiento judicial. Pero en este asunto nos encontramos, pues, con que se rechaza la jurisdicción española por parte del auto del TS por falta de competencia de la misma. Pero al mismo tiempo también se constata, que estamos ante la existencia de un grave delito, evidenciada a través de fuertes probatorias e indicios. Y ante esta situación se precisa que para que no exista infracción del derecho de acceso a la justicia debe procederse a que se enjuicie debidamente y de forma eficaz. La conjunción de estos dos principios determina necesariamente que si la justicia española no interviene, debe efectuarlo de forma eficaz, como dice el TC, la justicia americana. Y la forma efectiva necesita de la apertura de un procedimiento penal, toda vez que el delito ha sido constatado, siquiera presuntamente.

En otras palabras que para que no se conculque el derecho de acceso a la justicia se precisa de un procedimiento judicial que acabe en sentencia, y ello conlleva la obligatoriedad de incoar un proceso penal, que de no llevarlo a cabo en España, por falta de competencia, será necesaria su incoación en el

supuesto país competente (EEUU), actuación que según nuestra legislación, exigía no meras conclusiones de la fiscalía sino de un proceso penal con todas las garantías legales del mismo.

Pues bien lo cierto es que de la contestación que se da por las Autoridades Americanas a la Comisión Rogatoria claramente se desprende la inexistencia de proceso alguno abierto contra los imputados, y menos aún sentencia siquiera exculpatoria de los mismos. Ello conduce a evaluar que no se ha cumplido el requisito de investigación eficaz y que por tanto existía vía libre para la intervención de los tribunales españoles.

Resulta también tema discutible el mismo principio de subsidiariedad, puesto que la justicia universal exige que los crímenes contra la humanidad no queden impunes y ello es así en virtud entre otras de las normas imperativas internacionales. Si este derecho obligatorio demanda que tales delitos sean castigados, evidentemente de comprobarse los mismos, resulta necesario la existencia de un proceso penal al efecto.

Siguiendo en esta misma línea, cuando el auto del TS ratifica el sobreseimiento provisional, está dando a entender que puede reabrir el proceso según el resultado de las actuaciones que se lleven a cabo en el otro país que se considera con competencia prioritaria. Precisamente el último párrafo del artículo 23.4 LOPJ se refiere expresamente a que sólo cabe el sobreseimiento provisional cuando iniciadas las actuaciones en España, se acredite que en otro país se ha abierto un proceso (penal) que produce *litis pendentia* y pueda suponer cosa juzgada. Y en esta causa se produce la paralización provisional.

Si esta norma exige para el sobreseimiento, el inicio en otro país de un proceso y no de simples investigaciones (a ello se refiere el párrafo anterior del indicado artículo que trata de los requisitos de admisibilidad de la querrela) a todas luces resulta evidente que de la documentación remitida por las autoridades norteamericanas no se constata la existencia de proceso alguno, por lo que ante esta ausencia y en virtud de dicho último párrafo debían haberse proseguido las actuaciones procesales correspondientes a la querrela presentada ante los tribunales españoles. Mas aún incluso iniciado un proceso en el otro país, debería haberse esperado a su conclusión y después examinar el modo de actuación en el mismo, para comprobar si se ha tenido una actuación eficaz o ha sido una simple «apariencia» para llegar a una exculpación o una pena ínfima, pues en este caso ante la ausencia de la investigación eficaz no se produciría cosa juzgada y podría seguirse el proceso en España.

Cabe también examinar otro tema que no ha sido objeto de reflexión en la resolución que comentamos y que es el siguiente. En el momento en que se presenta la querrela, 17 de marzo de 2009, aún no ha tenido lugar la reforma del artículo 23.4 LOPJ que, como es sabido, entra en vigor en noviembre de ese mismo año. Por ello en la fecha de la presentación de la querrela está vigente la doctrina del Tribunal Constitucional que determina la competencia de los tribunales españoles sin que se precise de lazo de conexión alguno, o de la existencia de víctimas españolas.

Así lo estableció el Tribunal Constitucional en la célebre sentencia de 26 de septiembre de 2005 del caso Guatemala señalando que, «(...) desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como «la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional».

En otras palabras que en el momento en que se presenta la querrela, y siguiendo la doctrina del TC el Juzgado Central de Instrucción nº 6 debía haber procedido a admitir la querrela y no remitir comisión rogatoria alguna, puesto que los requisitos que estableció la reforma no estaban vigentes en ese momento temporal.

Otra cuestión relevante para ser objeto de examen, es la curiosa afirmación que se efectúa en este auto relativa a las diferencias procesales entre la jurisdicción americana (anglosajona) y los sistemas europeos. Señala el auto

«... que la vigencia del principio de oportunidad en el sistema procesal penal americano, como en otros ordenamientos, oportunidad discrecional (negrita nuestra) por otro lado, donde, efectivamente, el Fiscal decide a quien acusa y por que delitos, no significa, ni que dicha decisión se ejerza de forma arbitraria, ni que se tome, como afirman los recurrentes, con base a consideraciones meramente políticas, ni que el principio de legalidad no se respeten dicho sistema. Es un sistema que responde a una concepción diferente sobre cual es el papel del Ministerio Publico, cual es la finalidad del proceso penal y cual ha de ser en el la intervención de las víctimas; concepción que no nos corresponde enjuiciar, ni permite por si misma poner en duda la imparcialidad y separación orgánica y funcional de las Fiscalías respecto del Poder Ejecutivo».

Estas afirmaciones a la luz de la doctrina del TC son difícilmente sostenibles. Ya hemos dicho que según nuestro más alto tribunal la presencia de serios indicios de delito obligan a la apertura del correspondiente procedimiento penal, so pena de infringir el derecho al acceso a la justicia efectiva. Pues bien si en los Estados Unidos, el fiscal (que no olvidemos ostenta el cargo por elección política) tiene potestad discrecional para iniciar o no el procedimiento, y con la existencia de indicios de delito no lo hace, obliga, necesariamente, a intervenir a la justicia española abocándola a asumir la competencia puesto que no se ha llevado a cabo una investigación eficaz y se ha denegado el acceso a la justicia. Si mantenemos que todo sistema procesal, de cualquier país, es válido para determinar que según el mismo no puede intervenir la justicia española, habremos que mantener esta postura ante países que tienen establecido un sistema procesal dictatorial, causante de indefensión y sin garantías de imparcialidad, lo cual en modo alguno puede sostenerse.

Asimismo también cabe resaltar la extraña afirmación que se lleva a cabo en los autos comentados, respecto del concepto de nacionalidad española, ya que afirman que «ha probado escasamente la españolidad» de dos de los procesados. Sé es español o no sé es, pero nunca ni escasa ni sobradamente.

Unas últimas consideraciones respecto de las actuaciones llevadas a cabo en Estados Unidos respecto de los internamientos de presos en Guantánamo, que nos conducen a serias sospechas por las cuales las autoridades americanas tenían conciencia que no estaban obrando con arreglo a la legalidad. En primer lugar nos encontramos con que se elige a Guantánamo para confinar a los presos. Territorio que viene a dificultar la competencia para enjuiciar cuanto ocurra allí. Extremo que realmente motivó que fuese el motivo de su elección.

Segundo: la serie de Memorándums encargados expresamente, y con carácter vinculante, para que en base a los mismos jurídicamente queden exculpados quienes tomen decisiones y efectúen los interrogatorios. La mera existencia de estos Memorándums también nos indicia a que pensemos que tenían la firme creencia de que su obrar no se ajustaba a la legalidad y así expresamente lo reconocen cuando señalan la existencia de un evidente peligro de futuras querellas; vicisitud que quieren abortar con estos instrumentos legales que precisamente determinan el nacimiento del ilícito al crear la base jurídica para justificar un actuar contra ley. En tercer lugar el Presidente señala que no es de aplicación el derecho de Ginebra (no sabemos quién le ha otorgado autoridad para señalar que un Convenio Internacional deja de aplicarse). Como apunta el aforismo latino, «excusatio non petita acusatio manifesta»; ¿qué necesidad hay para señalar que un Convenio deja de ser aplicable si no hubiera motivos para su violación?

En definitiva que nos encontramos con unas resoluciones judiciales muy discutibles y que coartan seriamente el principio de justicia universal. Veremos si en un futuro el Tribunal Constitucional avala estos criterios.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta de la Sala de lo Penal), de 4 de abril de 2013 (JUR 2013, 115676)

Recurso de apelación 13/2011

Ponente: *Excma. Sra. Dña. Carmen Paloma González Pastor*

Novedoso resulta, por tratarse lamentablemente de un tema infrecuente en los tribunales, la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2013, Sección Cuarta de la Sala de lo Penal, dictada en el sumario 5/11, instruido por el Juzgado de Instrucción Central número 5, y que examina, a la luz de lo dispuesto en el artículo 23.4 de la LOPJ, un supuesto de discriminación sexual relativo a la mutilación genital que se practicó a una niña en el Senegal.

Los hechos del caso se remontan a un reconocimiento médico que se llevó a cabo en el año 2010 en Premiá del Mar, los facultativos médicos apreciaron a una niña senegalesa, a quien acompañaba su madre, una mutilación genital. Puesto el hecho en conocimiento del juzgado se remitieron las actuaciones a la Audiencia Nacional, recayendo el asunto en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de ellos, quien decretó diligencias previas.

Como resultado de tales diligencias de instrucción y de las pruebas que se practicaron en el juicio oral, se acreditó que el padre de la menor venía

residiendo en España desde el año 1999, mientras la madre permanecía en el Senegal, trabajando en el campo. En el año 2006, en dicho país y de los esposos citados, nació una niña, Bárbara. Aproximadamente cuando tenía un año de edad, y mientras vivía con su madre, ésta «la llevó a la aldea donde vivía su madre, esto es la abuela materna de la menor, lo que le permitió continuar trabajando en el campo, ignorando si ello o alguien con su consentimiento, pudo haberle practicado la extirpación genital». Posteriormente la familia pudo agruparse en España, y en el reconocimiento médico antes referenciado, se evidenció la mutilación genital. Cuando en dicho reconocimiento se informó a la acusada de la mencionada lesión, ésta manifestó que «(...) ella también sufrió la misma lesión como consecuencia de las costumbres imperantes en ese aspecto en las zonas rurales del país» (fundamento de derecho primero de la sentencia). Igualmente en ese momento se constató una «falta de reacción o sorpresa cuando es informada por el enfermero», mostrándose los padres «indiferentes no sorprendidos por la noticia que en absoluto les resulto desconocida... (y) fue el marido de la acusada quien ante la sorpresa del enfermero, le dijo que este tipo de lesión era normal en su país, por ser propio de su cultura y tradición».

Reconocidos los hechos e integrando éstos el tipo previsto en el artículo 149.2 del Código Penal, el fiscal solicitó la pena de 7 años de prisión. Sin embargo la Audiencia consideró que si bien la acusada había incurrido en el delito imputado, y que pese a haberse cometido en el extranjero disponía de jurisdicción sobre la base de lo dispuesto en el artículo 23.4 LOPJ, debía de tenerse en cuenta el error de derecho previsto en el artículo 14 del mencionado Código Penal, por lo que le impuso la pena de dos años de prisión al considerar que el error era vencible.

Tres cuestiones, cuanto menos, se suscitan a raíz de la sentencia referenciada, y que podrían ser objeto de un estudio más profundo que el que permite el presente comentario. Nos referimos al problema que se plantea y resuelve, concerniente al choque entre los derechos fundamentales universales y las culturas ancestrales de distintos pueblos cuando están en completa contradicción con lo dispuesto en tales derechos de forma que los vulneran; en segundo lugar el relativo a la aplicación de la atenuante aplicable a un actuar delictivo consistente en obrar estimando que se hace con arreglo a derecho, y, por último, el referente a lo que podría denominarse intencionalidad colectiva en el delito relativo a la discriminación por razón de sexo como requisito para su existencia.

El debate en torno al enfrentamiento entre culturas ancestrales y derechos fundamentales viene siendo tratado a nivel jurídico desde la doctrina, como la jurisprudencia de otros tribunales, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Diferentes sociedades, principalmente tribales e indígenas, tienen establecidas, cada vez menos, una serie de actuaciones consuetudinarias y de origen cultural que chocan frontalmente con las ideas, sentimientos y derechos de los pueblos occidentales, quedando enfrentadas y atentando a los derechos fundamentales reconocidos a toda persona, y que dimanen de su derecho a la integridad física, a la libertad, al desarrollo personal y a la dignidad.

Estas culturas ancestrales que atentan contra estos derechos son sin embargo no solo toleradas por los pueblos primitivos que las respetan y practican, sino ampliamente admitidas incluso por los propios afectados-víctimas de ellas. Pensemos por ejemplo en el burka que llevan las mujeres de Afganistán, entre otras, que puede suponer un signo diferenciador y discriminatorio respecto de los hombres y que en ocasiones algunas mujeres aceptan, y en otros casos se les impone. Mírense casos más extremos, como las de las mujeres de distintas tribus de Irian Jaya en Indonesia, que practicaban el infanticidio para cuidar a un cerdo en lugar del niño. Pues bien entre estas abominables prácticas, se encuentra la de la ablación a mujeres en ciertos pueblos de África. Que duda cabe que tal delictiva conducta atenta claramente contra el derecho a la integridad física, a más de ser un hecho discriminatorio de carácter sexual.

Ahora bien para que estos actos culturales, por aberrantes que sean, supongan delito perseguible por la justicia universal deben de constituir una práctica generalizada es decir deben de estar adornados de una intencionalidad colectiva. El que una única persona lleve a cabo estas actuaciones, sin que tengan arraigo colectivo, supondrá un delito pero no integrará el tipo que se recoge en los derechos fundamentales universales que siempre exigen actuaciones o intencionalidades colectivas. Un asesinato incluso por razón de una determinada ideología no supone un delito de genocidio, sino que este precisa de multiplicidad de hechos con la misma finalidad. Sin embargo estas prácticas culturales, por repulsivas que sean, han surgido a raíz de actuaciones que han conformado la cultura y cohesión de un determinado pueblo y que ahora se tratan de abolir por constituir delito por ellos desconocido. Esto nos lleva siempre a la espinosa cuestión del origen y naturaleza de los derechos naturales o fundamentales universales, puesto que se quiera o no, existe cho-

que de derechos en el que prevalecen los fundamentales. Baste decir que ante un choque de derechos prevalecen los fundamentales cualquiera que sea el arraigo cultural del que deriva el derecho que queda sometido o extinguido.

Supliendo la labor de la defensa, el juzgador aplica, en aras de la justicia y de forma muy acertada, el artículo 14 del Código Penal relativo al error de derecho, y considera que dicho error podía haber sido vencido si el marido cuando la mujer iba a entrar en España la hubiese informado de que la ablación practicada a la hija se consideraba delito en este país. El obrar del juzgador a la luz de la justicia es loable y correcto, sin embargo a la vista estricta del derecho nos deja alguna duda. Como hemos visto la imputada y condenada, vivía en el Senegal, no conocía el castellano, y menos aun las leyes españolas y no digamos el derecho internacional en su vertiente de justicia universal.

El marido por el contrario hace once años que vivía en España y tenía por ello la obligación de conocer las normas penales españolas. En el momento en que se practica la ablación de la hija, la esposa desconoce las normas españolas y cree, pues se encuentra en Senegal que está obrando correctamente con arreglo a las normas de dicho país que permite esta criminal práctica. Cuando se integra la familia en España, es juzgada y hallada culpable del delito de mutilación genital, informado. Delito al que puede corresponder una pena de más de 7 años de prisión, lo que supone que reunida la familia se puede descomponer por el cumplimiento de tal pena en caso de imponerse por el juez. Ello supone un mal mayor que el que se pretende corregir con el castigo, lo que motiva al juez a aplicar la reducción de la pena en dos grados.

Sin embargo de los hechos que se constatan en el sumario resulta claro que en el momento de practicar la ablación, la esposa no tenía conocimiento de que esta práctica era delito. El juzgador señala que era un error vencible puesto que el marido que residía desde hacía años en España debía haberla informado o podía haber la esposa accedido a este conocimiento a través de él. Pero lo cierto es que no se hizo. Siendo así pudiera también considerarse que no estamos ante un error vencible sino ante uno invencible y de esta forma el único culpable sería el marido quien debía haber sido el condenado por estos hechos y no la esposa.

En conclusión que si bien intuitivamente todos saben que existen derechos inviolables, inmodificables e inderogables, cuales son los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la dignidad, la complejidad intelectual de constatar su origen y fundamento si

se encuadra en un debate relativo a los contextos culturales, en modo alguno equivale a dudar de su total aplicabilidad. Como la misma sentencia enuncia, trayendo a colación «la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, señala que «El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres». (segundo fundamento de derecho). De la misma forma se invoca «el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, modificada por Ley-Organica 2/2009, de 11 de diciembre, establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas».

II. DERECHO DEL MAR

De nuevo asuntos relacionados con el narcotráfico protagonizan la mayoría de resoluciones relativas a la aplicación del derecho internacional del mar por nuestros tribunales. En concreto, temas relativos al abordaje de buques sin la autorización del Estado de pabellón han llegado a la Audiencia Nacional, órgano que ha considerado, en lo esencial, que dicha falta de autorización, como veremos, no es óbice para la legalidad del abordaje a los efectos del procedimiento judicial seguido en España. Se incluyen también, por último, en esta relación de asuntos, unos interesantes casos sobre la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en relación con los espacios marinos.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª)
núm. 14/2013, de 13 de febrero de 2013**

Sumario 7/2010

Ponente: *Excmo Sr. D. Nicolás Poveda Peñas*

Como en numerosas ocasiones, en un proceso por delitos contra la salud pública por tráfico de drogas, se plantea la nulidad del abordaje realizado por no contarse con la autorización del Estado de abanderamiento. Sin embargo, ante la indefinición del pabellón real de la embarcación, la Audiencia Nacional (fd 1) se basa en pronunciamientos anteriores y señala que la falta de autorización no afecta a la validez de la prueba puesto que su finalidad no es la protección o tutela de derechos fundamentales de carácter personal, de cuya infracción según nuestro ordenamiento hubiera de derivarse nulidad probatoria alguna. Más bien se trata, según añade la propia Audiencia, de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª)
núm. 22/2013, de 28 de junio de 2013**

Sumario núm. 3/2012

Ponente: *Excmo Sr. D. Enrique López López*

En otro supuesto de tráfico de drogas, desde Venezuela a España, se pretende una vez más la nulidad de abordaje realizado sin autorización del Estado del pabellón. Esta nulidad es rechazada por la Audiencia Nacional por las circunstancias del caso y a pesar de la posible violación de la normativa internacional aplicable.

En efecto, en el fundamento de Derecho primero se constata cómo, en un caso en el que resulta controvertido que la embarcación llevase o no pabellón visible, el que se incumpla el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (único instrumento internacional que permite el abordaje de un buque de bandera extranjera por razón del tráfico de estupefacientes fuera de las aguas nacionales), no afecta a la validez del abordaje realizado sin la autorización expresa y previa del Estado del pabellón (Reino Unido). La falta de autorización no impide la aplicación del artículo 23.4 LOPJ y sólo afecta a las relaciones entre los Estados Partes en el citado Convenio. Más aún cuando,

aunque formalmente no se haya dado dicha autorización de las autoridades del país de pabellón, quien advierte a la policía española de la operación es el propio SOCA británico.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 12 de diciembre de 2012

Recurso de Casación núm. 5120/2009

Ponente: *Excma. Sra. Dña. Isabel Perelló Domenech*

En este procedimiento se confirma parcialmente la imposición de sanción por infracción de la Ley de Puertos a una embarcación que, por un lado, fondeó en las aguas jurisdiccionales españolas en un área insegura para las circunstancias meteorológicas reinantes y previstas en la zona sin autorización y, por otro lado, desmontó uno de sus equipos propulsores, lo que trajo consigo la varada del buque poniendo en grave riesgo la seguridad del buque, la seguridad de la vida humana en la mar y el medio ambiente marino.

Además de reproducirse la argumentación jurídica del tribunal en el anterior pronunciamiento que se ha comentado, este supuesto (fd 1) presta atención a la normativa internacional que avala la consideración de la embarcación como no incardinable en el concepto de buque-tanque (el Convenio Solas para la seguridad de la vida humana en el mar).

OTRAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 99/2013, de 23 de abril de 2013

Recurso de Inconstitucionalidad 78/2008

Ponente: *Don Pascual Sala Sánchez*

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 87/2013, de 11 de abril de 2013

Recurso de Inconstitucionalidad 6868/2008

Ponente: *Don Francisco Pérez de los Cobos Oribuela*

En la desestimación de ambos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la Ley 5/2007 de la red de parques naturales y la Ley 42/2007 del patrimonio natural

y la biodiversidad, respectivamente, se constata la tensión existente en la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en relación los espacios marinos. Se debate quién debe gestionar los parques nacionales declarados sobre aguas marinas bajo soberanía o jurisdicción nacional, y proteger los espacios naturales existentes en las mismas.

En ambos casos, la Comunidad de Canarias hace hincapié en la concepción del territorio de las Comunidades Autónomas en general y el alcance del territorio canario en particular. Postula que, aunque existen diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la proyección de las competencias autonómicas sobre los espacios marítimos de los que se deriva que el Tribunal opta por una concepción estricta y limitada del territorio autonómico como limitado al espacio terrestre con exclusión de los espacios marítimos, como el TC aún no ha abordado de forma directa y en profundidad la cuestión del alcance de la delimitación del territorio de las Comunidades Autónomas y su extensión al mar territorial, debe resolverse la cuestión de si el territorio de las Comunidades Autónomas comprende o no el mar adyacente. Y en el caso de Canarias, se citan las previsiones del CONVEMAR sobre Estados archipelágicos para afirmar que el territorio de Canarias sí que lo comprende. Seguidamente, se destaca la oportunidad de aprovechar los recursos planteados para revisar la doctrina sentada en la Sentencia 38/2002 de 14 de febrero.

Precisamente, dicha sentencia es el principal fundamento de la postura del Abogado del Estado en ambos asuntos, y es seguida a pies juntillas por las dos sentencias del TC. Los pronunciamientos afirman que el mar territorial no forma parte del territorio autonómico (fd 4 y 5, respectivamente). En consecuencia, concluyen que las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas para la protección de espacios naturales no se extienden al mar territorial, salvo en circunstancias excepcionales de continuidad y unidad del ecosistema, y siempre que exista una previsión estatutaria al respecto, circunstancias que no se dan en estos casos (fd 5 y 6, respectivamente). Respecto al significado del término archipiélago en el Estatuto de Autonomía de Canarias, se rechaza que la inclusión del término archipiélago en el art. 2 sea consecuencia necesaria de la definición de archipiélago incluida en el art. 46 b) de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del mar, porque «esa definición lo es sólo a efectos de la Convención y resulta de aplicación únicamente a los Estados archipelágicos, no a los archipiélagos de Estado». Por lo demás, la Sentencia añade que la Convención de Naciones Unidas distingue claramente

entre territorio y otros espacios sobre los que los Estados ejercen soberanía, siendo así que las aguas, aunque sean archipelágicas, no forman parte del territorio (fd 7 y 5, respectivamente).

III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

En materia de aplicación de Tratados internacionales destacamos una sentencia del Tribunal Supremo que examina una relevante cuestión relativa a la interpretación de un tratado internacional suscrito por España antes de su adhesión a la Unión Europea, cuyo contenido podría estar en contradicción con una Directiva. Destacamos también una resolución de la Audiencia Nacional relativa, una vez más, a la situación de los ciudadanos saharauis, a quienes una jurisprudencia ya consolidada reconoce el estatuto de apátrida en nuestro país al no disponer, en esencia, de la nacionalidad argelina, y por no ser su territorio de origen parte de Marruecos.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª de 24 de octubre de 2012

Recurso contencioso-administrativo núm. 207/2012

Ponente: *Excmo Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate*

En esta extensa sentencia del Tribunal Supremo se examina una relevante cuestión relativa a la interpretación de un tratado internacional suscrito por España antes de su adhesión a la Unión Europea, cuyo contenido podría estar en contradicción con una Directiva. Se analizan asimismo cuestiones importantes como la competencia jurisdiccional para enjuiciar la aplicación de las Directivas en relación a lo dispuesto en tratados internacionales. Junto a todo ello se plantea la eficacia de las sentencias del TJUE en la resolución de conflictos idénticos en nuestra jurisdicción. Finalmente se trata la cuestión de la emisión de gases invernadero por la aviación comercial en relación con el Protocolo de Kyoto.

Precisamente el sustrato fáctico que sirve para el examen de las cuestiones referenciadas parte del Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático. Entre otras muchas estipulaciones dicho Protocolo establece que si bien las «(...) partes (firmantes del mismo) procuraran limitar o reducir las emisiones de ciertos gases de efecto invernadero generadas por los combustibles del trans-

porte aéreo» (art. 2, apartado 2), ello deberá ser compatible con un sistema que permita a los países en desarrollo hacer frente a este cambio climático que no implique discriminación, ni restricción encubierta al comercio internacional.

España antes de adherirse a las entonces Comunidades Europeas, suscribió el Convenio de Chicago, cuyos artículos 15 y 24 prohíben a los Estados firmantes imponer impuestos, tasas o gravámenes a la aviación civil internacional por el mero hecho del tránsito, entrada o salida del territorio. Este Convenio Internacional forma parte del Ordenamiento Español a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Española. Como se ha mencionado, España se integra en Europa y el citado Convenio continúa vigente e inmodificado. Posteriormente por parte ya de la Unión Europea sobre la base del Protocolo de Kyoto, se dicta la Directiva 2008/101/CE del Parlamento y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, que modifica la Directiva 2003/97/CE, e incluye las actividades de la aviación en el régimen comunitario de derechos de emisión de gases invernadero.

Esta Directiva es traspuesta en España e incorporada a su sistema jurídico en virtud de una disposición adicional de la Ley 5/2009 de 29 de junio y por la Ley 13/2010 de 5 de julio. A raíz de estas normas se asignan derechos de emisión a las compañías que utilizan, de entrada o salida, aeropuertos españoles, lo que les supone a alguna de ellas fuertes cargas económicas. Tres de estas compañías AVIANCA, Aerolíneas Argentinas S.A. y Aerolíneas de México S.A., formulan recurso contra la citada Ley, que es el examinado por la sentencia del TS objeto de estos comentarios.

Las recurrentes fundan, jurídicamente, su pretensión de anulación de la norma que les impone cargas económicas, en los siguientes motivos:

1.- La Directiva impugnada resulta absolutamente incompatible con lo dispuesto en el Convenio de Chicago suscrito por España con anterioridad a su integración a las CC.EE. Especialmente con lo dispuesto en los artículos 15 y 24, en cuanto establecen la obligación para las partes firmantes de que se impongan impuestos, tasas, gravámenes y OTROS DERECHOS, lo que debe interpretarse de acuerdo con la finalidad del Convenio que es la libertad de vuelo de la aviación civil evitando «todo tipo de coste impuesto gubernamentalmente al mero hecho de volar» (Antecedente tercero, segundo párrafo de la sentencia).

2.- En segundo lugar vienen a alegar que la nombrada Directiva es incompatible con los principios de soberanía y territorialidad. Señalan que los países recurrentes tienen soberanía sobre sus propios territorios, y obviamente

sobre sus cielo, y ésta no es compartida con la UE. Asimismo se recuerda que en alta mar tampoco existe soberanía de la UE. Pese a ello los gravámenes impuestos a los vuelos están en función del total recorrido de los mismos. Se calculan desde el país de origen hasta el del aterrizaje, lo que implica que en la parte del territorio no sometido a la soberanía de España (o en su caso de la UE), no pueden ser objeto de gravamen alguno, puesto que no se tiene soberanía sobre dicho territorio. Ello además se dice que resultaría discriminatorio puesto que existen vuelos que atraviesan el espacio aéreo de la UE, sin que tengan su partida en dicha Unión, ni tampoco su final de trayecto, y estos vuelos no están sometidos al repetido gravamen, lo que a todas luces deviene discriminatorio.

3.- Por último argumentan los demandantes que las medidas adoptadas en Kyoto no pueden constituir «un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta del comercio internacional» (hecho séptimo de la sentencia), ni perjudicar el crecimiento de los llamados «países en desarrollo», concepto en el que se encuadran los países recurrentes. Siendo así, los demandantes son conscientes de la existencia de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, que estudió precisamente la incompatibilidad de la Directiva 2008/101, que como hemos indicado es la traspuesta al ordenamiento español y ahorra recurrida, con el Convenio de Chicago, y conociendo el fallo de dicha sentencia, salen al paso del presumible obstáculo que el TS les opondrá en base a la misma.

Con el objeto de salvar este escollo jurídico formulan alegaciones al efecto señalando que el TJUE «reconoce que no puede examinar la validez de la normativa comunitaria en relación con el Convenio de Chicago» (párrafos 70 a 71 de la sentencia del tribunal de Luxemburgo), puesto que tal convenio no ha sido asumido por la Unión. Además afirman los demandantes que:

«(...) la desvinculación de las competencias de la Unión que mantiene el TJUE respecto del Convenio de Chicago no puede suponer que las actoras se vean desprovistas de la posibilidad de que por parte de un órgano judicial se someta a examen la relación, primacía o aplicabilidad de varias normas pertenecientes plenamente al ordenamiento jurídico aunque de origen diverso, que conceden derechos y determinan con precisión determinadas cuestiones, de forma que los efectos de unas y otras son incompatibles e irreconciliables» (Tercer párrafo del antecedente de hecho quinto).

Resulta evidente que la parte recurrente está apuntando al derecho constitucionalmente reconocido de acceso a la justicia (art. 24 CE), que no puede

ser conculcado, en aras a declararse incompetente para el examen de una incompatibilidad entre normas sustantivas del ordenamiento interno. Establecida en estos términos su defensa, la misma es combatida por el Abogado del Estado señalando que el derecho de la Unión Europea tiene primacía sobre lo establecido en el Derecho de los Estados Miembros, de forma y manera que resulta inaplicable el derecho nacional cuando entra en contradicción con la normativa de la Unión, cual podría ocurrir en el presente caso.

El Tribunal Supremo partiendo de los antecedentes expuestos hace expresa y extensa referencia a la citada sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, ya citada. Señala que en este pronunciamiento se estudiaron distintas cuestiones prejudiciales idénticas a las aquí planteadas. Antes de proceder al examen de dichas cuestiones se concluyó: «(...) que de acuerdo con una jurisprudencia reiterada los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones de la Unión (...) por ello solo el TJUE es competente para declarar la invalidez de un acto de la Unión como la directiva 2008/101».

A partir de ahí ya deberíamos cerrar la presente cuestión, puesto que si la ley 5/2010 de 5 de julio traspone la indicada Directiva al ordenamiento jurídico español, y ésta sólo puede ser declarada inválida por el TJUE, el TS debería no haber pasado de este punto y haberse declarado incompetente, extremo que no llevó a efecto.

Sentado este principio, contesta las cuestiones prejudiciales, en los extremos que coinciden con el recurso de las compañías de aviación que comentamos, en el siguiente sentido:

1.- Que la Unión Europea no es parte firmante del Convenio de Chicago, aunque si lo son todos sus Estados miembros. Siendo pues que no es parte del citado Convenio no queda vinculada a los estados terceros parte del mencionado tratado, «(...) desprendiéndose de esta conclusión que en el contexto de la presente remisión prejudicial, el tribunal no puede examinar la validez de la Directiva 2008/101 en relación con el Convenio de Chicago como tal».

2.- Con respecto a la posibilidad de invocar el Protocolo de Kyoto, el TJUE parte del principio que únicamente puede apreciar la contradicción de normas si la propuesta para comparar está dotada de disposiciones incondicionales y suficientemente precisas para generar para los justiciables de la Unión el derecho a alegarlo ante los órganos jurisdiccionales (Fundamento de derecho cuarto de la sentencia). Dicho esto señala el Tribunal que el Protocolo de

Kyoto no reviste en su contenido de un carácter incondicional y preciso, por lo que no puede ser invocado.

3.- Por el contrario sí pueden invocarse normas de Derecho Internacional sustantivo o consuetudinario para el enjuiciamiento de estas cuestiones. Sin embargo con respecto al sobrevuelo de alta mar no existen normas precisas internacionales que señalen que durante el mismo las aeronaves están únicamente sometidas a la soberanía de su país, por lo que ante la ausencia de esta claridad, dicha controversia no puede ser objeto de examen.

La cuestión relativa a la aplicación de la Directiva respecto de la discriminación que entraña su no aplicación a los vuelos que no tengan destino u origen en aeropuerto de un Estado de la Unión viene a ser resuelta, disponiendo que respecto de tales vuelos y los de alta mar no pueden ser objeto de aplicación de la Directiva. Con arreglo a esta sentencia nuestro TS llega a las mismas conclusiones, y repite que según doctrina del TJUE «los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones de la Unión Europea, pues solo el mismo TJUE es competente para efectuar una declaración de esta índole» (Fundamento de Derecho Sexto). Señala que si bien la parte recurrente no pide la invalidez de la Directiva, pues emplea la palabra «inaplicabilidad», por muchos circunloquios que se empleen la finalidad es la misma, y ello es algo inviable para los tribunales españoles. En cualquier caso expresa que comoquiera que la tan citada sentencia del TJUE ha resuelto las cuestiones planteadas, las mismas deben correr idéntica suerte a lo ya resuelto sin que quepa plantear nueva cuestión prejudicial ante el indicado tribunal al existir ya jurisprudencia al efecto. Por todo ello se desestima el Recurso de Casación.

Ciertamente con esta sentencia queda la impresión de que las cuestiones planteadas en el Recurso han quedado sin contestar. En definitiva, y así cautelarmente lo señalaban en su recurso, los demandantes pedían una resolución en cuanto planteaban el poseer un derecho a una respuesta de los tribunales, ante la posible incompatibilidad de normas vigentes en el Ordenamiento Español. No podemos olvidar que de conformidad con el artículo 96 CE los tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno, y el Convenio de Chicago es uno de ellos, y parece muy claro que su contenido es contradictorio con la tan citada Directiva. Si ello es así, y el estudio riguroso de dicha contradicción no se ha llevado a cabo por ningún tribunal bajo el argumento de la no competencia de la TJUE, y de la misma forma por el TS por seguir este mismo criterio, pudiera considerarse que la demanda de los actores no ha

recibido respuesta alguna. Y ello bien podría suponer infracción del artículo 24 CE al denegarse el acceso a la justicia, que implica respuesta y no declaración de falta de competencia. Y en este caso el TJUE no es competente y el TS también deja desatendidas las respuestas a las demandas de los denunciantes. Veremos qué señala el TC, si se acude al mismo planteando esta cuestión.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo) de 29 de abril de 2013

Recurso núm. 1174/2013.

Ponente: *D. Eduardo Ortega Martín*

Vemos que nuevamente se presenta un caso, y se examina jurisdiccionalmente, relativo a la ciudadanía del pueblo Saharaui, dilucidándose, una vez más la cuestión concerniente a si disponen de alguna nacionalidad o por el contrario pueden ser considerados como apátridas ante dicha carencia. En esta sentencia se reiteran hechos muy similares, diríamos que casi idénticos, a los que en anteriores recursos fueron objeto de examen por la jurisdicción española, sentando jurisprudencia que ya bien puede calificarse de pacífica.

En el presente asunto se formula recurso contencioso administrativo por un saharauí que residente en el campamento de refugiados de Tinduff en Argelia, a través de pasaporte expedido por el citado país, ha podido venir a España. Ya en este país solicita del Ministerio del Interior el reconocimiento de apátrida, condición que le es negada. Presentada demanda para el reconocimiento de tal condición, el Abogado del Estado se opone a la misma por considerar ajustado a derecho la denegación de la solicitud. La sentencia parte para enjuiciar la cuestión planteada del examen de las normas generales que tratan de la condición de apátrida y señala que:

«El Ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención. El estatuto de apátrida comportará el régimen específico que reglamentariamente se determine». Añade que: «Por su parte, el art. 1 del Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida, señala en su punto 1: «Se reconocerá el estatuto de apátrida conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el

28 de septiembre de 1954, a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad. Para hacer efectivo dicho reconocimiento, deberá cumplir los requisitos y procedimiento previstos en el presente Reglamento». (Fundamento de Derecho tercero). Continua señalando que «(...) el término «apátrida» designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». Y, finalmente, recuerda que el artículo 27 de dicha Convención precisa que: «Los Estados Contratantes expedirán documentos de identidad a todo apátrida que se encuentre en el territorio de tales Estados y que no posea un documento válido de viaje».

Tras estas preliminares consideraciones legales establece que esta normativa general del apátrida ha sido interpretada por el TS en reiteradas ocasiones señalando su sentencia de 22 de diciembre de 2008, que «la regulación originaria de la Ley Orgánica 4/2000 viene caracterizada por: a) la necesidad de que el extranjero acredite que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma; b) el carácter potestativo de la concesión del Estatuto de Apátrida («podrá»)

En cambio, tras la modificación introducida por la Ley 8/2000 no se exige al extranjero la acreditación de que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma, pues la norma se refiere ahora a los extranjeros que «manifiesten» carecer de nacionalidad; y, por otra parte, nos encontramos con un régimen que no es ya potestativo sino imperativo, al señalar el precepto que el Ministro del Interior «reconocerá» la condición de apátridas y les «expedirá» la documentación prevista en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas

Por lo demás, en consonancia con esta última formulación legal, el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida aprobado por Real Decreto 865/2001, de 20 de julio establece en su artículo 1.1 que «Se reconocerá el estatuto de apátrida conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad». En consecuencia con ello es necesario pues que «más allá de la mera manifestación del solicitante de que carece de nacionalidad, debe existir algún dato que indique la concurrencia de la circunstancia señalada en la norma, pues sin ella el reconocimiento del estatuto de apátrida resulta improcedente».

Ahora bien esta consideración tiene un cierto enfrentamiento con la tesis por la cual no se exige la acreditación de carecer de nacionalidad, pues bas-

ta la «mera manifestación» de ello. Pero en todo caso al tribunal le parece poco fundada esta permisibilidad y apunta a la necesidad de la existencia de cualquier dato, prueba o indicio de la falta de nacionalidad. Establecidas estas premisas relativas a las normas generales sobre la conceptualización de quienes pueden ser estimados como apátridas y los requisitos para acceder a esta condición, para admitir la demanda la sentencia se apoya, ahora, respecto del caso concreto de los saharauis, en la doctrina del TS explanada en su sentencia de 19 de diciembre de 2008, que es acogida por la de 20 de septiembre de 2011. En estas resoluciones judiciales se recoge textualmente que:

«Argelia nunca ha efectuado manifestación alguna –expresa ni tácita– tendente al reconocimiento u otorgamiento de la nacionalidad argelina a los saharauis que, como refugiados, residen en los campamentos de Tinduff.

Lo acontecido con la recurrente –y con otros saharauis en condiciones similares– es que Argelia, por razones humanitarias, documenta a los saharauis refugiados en su territorio –en concreto, en el desierto cercano a Tinduff– con la finalidad de poder salir por vía aérea a países que –como España– no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui Democrática; documentación consistente en la emisión de pasaporte al que el Consulado Español en Argel acompaña el correspondiente visado. Mas, con tal actuación, en modo alguno se está procediendo al reconocimiento de la nacionalidad argelina por los saharauis, la cual, por otra parte, como ocurre con el Reino de Marruecos, tampoco es solicitada o deseada por los mismos. No se trata, pues, del otorgamiento del vínculo de la nacionalidad, sino de una mera actuación de documentación de un indocumentado con la expresada finalidad humanitaria de poder desplazarse para –como en este caso aconteció– poder recibir atención médica. Por ello, la exigencia, tanto del Ministerio de Interior como de la sentencia de instancia, de tener que recurrir a las vías administrativas y judiciales argelinas para obtener la renovación del pasaporte concedido en los términos expresados, en modo alguno resulta aceptable, cuando consta acreditado que el Consulado de Argelia en Madrid se niega a la mencionada prórroga –por carecer los solicitantes de nacionalidad argelina– remitiéndolos a la Oficina de la RASD en España que, al no estar reconocida por España, carece de la posibilidad de emitir pasaportes o renovarlos a quienes –como la recurrente– devienen indocumentados en España por la expiración del pasaporte con el entraron en nuestro país. Resulta conveniente distinguir dos situaciones diferentes: la una es la que –como en el supuesto de autos acontece– consiste en proceder a documentar a quien por diversos

motivos carece de documentación que le impide su simple desplazamiento e identificación; y otra, diferente, la concesión de la nacionalidad de un país. La primera cuenta con un carácter formal, no exige la solicitud y voluntariedad del destinatario y no implica una relación de dependencia con el Estado documentante; la segunda, el otorgamiento de la nacionalidad, por el contrario, exige el cumplimiento de una serie de requisitos previstos por la legislación interna del país que la otorga, e implica su previa solicitud y su posterior y voluntaria aceptación –que se plasma en la aceptación o el juramento del texto constitucional del país–, surgiendo con el nuevo país un vínculo jurídico de derechos y obligaciones que la nacionalidad implica y representa. La nacionalidad no originaria implica, pues, la aceptación –por supuesto, voluntaria– de un nuevo status jurídico si se cumplen las condiciones legales previstas internamente por cada país, mas, en modo alguno, la nacionalidad puede venir determinada por la imposición, por parte de un país, con el que se mantienen determinados vínculos –por variados motivos– en relación con quien no desea dicha nacionalidad, por no concurrir un sustrato fáctico entre ambos que permita la imposición de la relación jurídica configuradora de la citada relación. La nacionalidad, pues, es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado y del individuo; mas todo ello, como venimos señalando, en el marco de una relación de voluntariedad y mutua aceptación. En consecuencia, desde la perspectiva argelina, y de conformidad con la Convención de Nueva York, la recurrente no puede ser «considerada –por parte de Argelia– como nacional suyo... conforme a su legislación». Y en cuanto a la protección de los saharauis por parte de las Naciones Unidas dijimos: «Por último, tampoco podemos considerar a la recurrente como incluida en el supuesto de la excepción prevista en artículo 1.2.i) de la Convención de Nueva York de 1954, esto es, como «personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia».

Más recientemente y siguiendo esta misma línea se ha vuelto a pronunciar el Tribunal Supremo mediante sentencia de 29 de mayo de 2012, en recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional de la Sala 5ª Contencioso Administrativa de 18 de noviembre de 2009. En esta sentencia el TS, que hace suyo el argumento expuesto por la Audiencia, recoge y reproduce los

argumentos expuestos y ratifica la concepción del saharauí como apátrida. La doctrina contenida en estas sentencias parten de la distinción entre nacionalidad originaria y adquirida, y respecto de esta última exige el requisito de voluntariedad del adquirente, sin el cual no nace la nacionalidad, es decir, que no se le puede imponer una nacionalidad no querida.

Ahora bien queda alguna duda relativa al contenido de la documentación expedida por Argelia para que puedan viajar los saharauís a otros países, puesto que previsiblemente en el mismo podría existir algún apartado concerniente a la expresión de la nacionalidad del documentado, y que de existir habría dilucidado la cuestión. Si por el contrario tal apartado no existe, y ni consta la nacionalidad ni otros datos, nos encontramos con que el documento expedido por Argelia se habrá basado únicamente en declaraciones del interesado, apoyo un tanto hábil para otorgarles plena validez.

En cualquier caso resulta evidente que los refugiados en Tinduff, y llevan ya varios años allí, no tienen reconocida ninguna nacionalidad, pero tampoco tienen reconocida la apatridia, encontrándose en una tierra de nadie, que según nuestro TS solo puede ser llenada a través de una declaración de voluntad del saharauí por la que acepta la nacionalidad de un determinado país, obviamente siempre que cumpla los requisitos para poder acceder a ella.

Debe destacarse que un sector doctrinal, en el que se destaca el profesor Soroeta Licerias que ya consideraba que los saharauís huidos de Marruecos, tienen la condición de apátridas (es decir comparten la doctrina de nuestros tribunales, que no de la Administración), señalando, en primer lugar, que estamos ante un problema de Derecho Internacional puesto que tras la «aprobación de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, de la que ahora se cumplen 50 años, y que sentó en gran medida las bases de la descolonización, está fuera de cualquier discusión mínimamente rigurosa el hecho de que no se trata de un asunto interno marroquí, sino internacional, porque el Sáhara Occidental es un territorio pendiente de descolonización y no forma parte del territorio marroquí». (Soroeta Licerias et al: «Sáhara y el Derecho Internacional», Publico, 5 enero 2011) Y resulta claro que, según este mismo manifiesto, suscrito por juristas internacionalistas, que: «Los saharauís no son marroquíes (viven bajo la ocupación), no son argelinos (aunque muchos de ellos posean documentos de viaje de la apariencia de un pasaporte), ni son españoles. De forma individual están en su derecho de adquirir voluntariamente cualquiera de esas nacionalidades, si esos Estados se lo permiten. Pero mientras no se

ejerza el derecho de autodeterminación en el territorio, desde el punto de vista del Derecho Internacional los saharauis son, bien APÁTRIDAS (existe ya un precedente en la jurisprudencia española en este sentido), bien nacionales de la República Árabe Saharaui Democrática, actualmente reconocida por más de 80 Estados. En estos Estados los saharauis son eso: saharauis, ciudadanos de un Estado».

Nos encontramos pues con que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia española, de forma unánime, consideran que los saharauis tienen la condición de apátridas y por tanto en España pueden gozar y disponer de los beneficios que les otorga tal condición jurídica. Debe concluirse que a la vista de la extensa jurisprudencia existente al efecto, la Administración, y en concreto el Ministerio del Interior, debiera modificar su postura y de esta forma no volver a emitir resoluciones denegatorias de dicha condición.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm 41/2013, de 14 de febrero de 2013

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 8970/2008

Ponente: *Excmo. Sra. Dña Adela Asua Batarrita*

El máximo intérprete de la Constitución Española se pronuncia sobre cuestión de constitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social de Barcelona contra la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social por ser contrario al art.14 CE, en cuanto exige el requisito de haber tenido hijos comunes con el causante para acceder a la prestación de viudedad respecto a hechos anteriores al 1 de enero de 2008.

A pesar de haber solicitado la desestimación tanto el Letrado de la Seguridad Social, como el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, el TC considera debe emitir juicio de inconstitucionalidad. Sin entrar a abordar el fondo del asunto, consideramos particularmente interesante el fundamento jurídico segundo, en el que el tribunal, al igual que el Abogado del Estado alegaba en su escrito, señala que ni la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo, ni la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008 C-267/2006 asunto *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* en relación con el principio de igualdad de trato e interdicción de discriminación del Derecho de la Unión Europea,

resultan relevantes para resolver la presente cuestión. Ello es debido a que resulta ajeno a la jurisdicción del Tribunal Constitucional controlar la compatibilidad de un precepto legal con el Derecho de la Unión Europea, toda vez que este ordenamiento no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las Leyes del Estado español.

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

En materia de revisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta destacamos dos resoluciones judiciales, la primera, una sentencia reciente del Tribunal Supremo que recoge de nuevo, y en detalle, la jurisprudencia ya consolidada de este Tribunal relativa a la aplicación del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la segunda es una sentencia del Tribunal Constitucional que aclara los casos en los que es necesario, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el acusado en un proceso penal esté presente y sea oído en segunda instancia. Por último, mencionamos una sentencia de la Audiencia Nacional por la que se rechaza una solicitud de indemnización con base en un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que concluía que se había vulnerado el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 4 junio de 2013

Recurso de Casación núm. 1987/2012

Ponente: *Excmo Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca*

El asunto trae causa de una condena por un delito de atentado a agentes de la autoridad, con la atenuante de dilaciones indebidas, por un delito de lesiones, y por una falta de lesiones. El condenado recurrió en casación con base, en lo que nos concierne a los efectos de este trabajo, en la pretendida inexistencia de un verdadero recurso de apelación que permita la plena revisión del fallo condenatorio y de la pena, violando de esta forma lo dispuesto por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893).

El Tribunal coincidió con el acusado en criticar la falta de desarrollo legislativo de la Ley Orgánica 19/2003 sobre la segunda instancia, en vigor desde el año 2004. Dicho esto, el Tribunal rechazó, con base en la jurisprudencia ya consolidada, la vulneración del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En concreto, como afirmara el Pleno no jurisdiccional celebrado el 13 de setiembre de 2000 por el Tribunal Supremo, este Tribunal considera que el recurso de casación constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto, postura que ha sido refrendada por varias Decisiones del Comité.

En suma, y manteniendo la crítica a la falta de desarrollo de la LO 19/2003, que debía además ser desarrollada en el plazo de un año según su Disposición Final Segunda, el Tribunal Supremo concluyó afirmando que «sin perjuicio de que una correcta regulación del recurso de apelación supondría un mejor desarrollo y protección de los derechos del acusado, en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional antes aludido, y permitiría un mantenimiento más ajustado de las verdaderas finalidades de la casación, la situación actual, en la medida en que es paliada por el entendimiento amplio de este último recurso, no supone una vulneración suficiente de los derechos del justiciable que conduzca a la nulidad de lo actuado».

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 12 de noviembre de 2012

Recurso de Amparo núm. 3976/2010

Ponente: *Don Luis Ignacio Ortega Álvarez*

El recurso de amparo objeto de este comentario se formuló contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete por la que se confirmó la absolución dictada por la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete tras desestimar el recurso de apelación interpuesto por el posteriormente recurrente en amparo. El recurso se interpuso también contra el Auto de la Audiencia Provincial que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones solicitado.

El recurrente en amparo había solicitado de la Audiencia Provincial la revisión de la valoración de la prueba y la calificación jurídica asumida por el Juzgado. La Audiencia Provincial consideró que no podía conocer del fondo del recurso habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 167/2002), según la cual para revocar una sentencia absolutoria sería

precisa la celebración de vista oral con audiencia del acusado, lo que la legislación procesal (art. 790.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LEG 1882, 16)) impide.

El Tribunal Constitucional, en la parte más relevante a los efectos de este estudio, consideró que la Audiencia Provincial había interpretado incorrectamente su jurisprudencia habida cuenta de que, si bien con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TC había concluido en asuntos anteriores que la celebración de una vista es necesaria si se van a valor de nuevo las pruebas y a fijar los hechos probados, para lo que se requerirá de forma insoslayable la audiencia personal del acusado, esto no será así cuando el tribunal superior se limite a revisar, como podía haber hecho en este caso, la calificación jurídica de los hechos, que puede ser resuelta por el órgano *ad quem* sin necesidad de celebración de vista (véanse en este sentido las SSTC 184/2009 (RTC 2009, 184) y 45/2011 (RTC 2011, 45)).

En atención a lo anterior el Tribunal Constitucional declaró la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso al recurso, anuló las resoluciones recurridas y ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete.

Otras sentencias de tribunales nacionales relativas a la revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta

Mediante Sentencia de 10 de abril de 2013, la Audiencia Nacional (**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a, Recurso contencioso-administrativo núm. 283/2011, Ponente: Excmo. Sr. José Félix Méndez Canseco**) ha desestimado un recurso contra la resolución del Secretario de Estado de Justicia por delegación del Ministro de Justicia, de 16 febrero de 2011, que dispuso desestimar la reclamación de indemnización a cargo del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia con base en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635).

La solicitud traía causa de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 julio 1998 (RJ 1998, 5855), recaída en la causa especial número 2530/1995, procedente del Juzgado Central de Instrucción número cinco. Por dicha sentencia se condenó al recurrente en única instancia. Este, considerando que se había vulnerado el párrafo cinco del artículo 14 del Pacto Interna-

cional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893) comunicó lo sucedido al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano que finalmente aprobó un dictamen considerando que los hechos efectivamente revelan una violación de dicho artículo por lo que el Estado debe, *inter alia*, proporcionar una reparación adecuada que incluye una indemnización.

Presentada la solicitud, la Audiencia Nacional la desestimó por considerar que el cauce elegido no era el adecuado. En los términos de la Sentencia «El dictamen declaró la violación por el Estado español del artículo 14, párrafo cinco, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893) con fundamento en que el sistema de recursos previsto en el ordenamiento jurídico español a la sazón vigente y que fue aplicado por dichos órganos jurisdiccionales españoles. Ello podría, en su caso, dar lugar a una responsabilidad del Estado legislador, pero no a la prevista en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), porque en el caso presente el dictamen no declaró la existencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ni pone de manifiesto relación de causalidad alguna con el daño alegado a que se refiere el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), porque el repetido dictamen del Comité de Naciones Unidas no ha cuestionado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 julio 1998 (RJ 1998, 5855), recaída en la causa especial número 2530/1995, ni las actuaciones procesales que tuvieron lugar previamente en el Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional».

V. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El artículo 10,2 CE continúa dando lugar a interesantes pronunciamientos de nuestros más altos tribunales con base en las obligaciones internacionales suscritas por España en materia de derechos fundamentales. Así, dentro del periodo cubierto, los tribunales han vuelto a analizar el valor de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU a la luz de la jurisprudencia ya establecida. Se recogen también sentencias novedosas relativas a la utilización de este artículo para integrar el contenido de sentencias del TJUE sobre derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, o pronunciamientos incluidos en asuntos de notable relieve mediático, como el relativo a la constitucionalidad del matrimonio homosexual.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 10 de abril de 2013

Recurso contencioso-administrativo núm. 760/2010

Ponente: *Excmo Sr. Angel Novoa Fernández*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 23 de enero de 2013

Recurso contencioso-administrativo 594/2010

Ponente: *Excmo Sr. Fernando Benito Moreno*

Sobre la base de sendos Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU se plantean recursos contencioso-administrativos contra desestimaciones de reclamación de indemnización a consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. En ambos casos, el fundamento jurídico cuarto se centra en el valor de dichos dictámenes, relacionados con el trato discriminatorio sufrido por razones racistas.

Al igual que las instancias anteriores, la Audiencia cita en este caso los pronunciamientos más destacados de diversos órdenes de la jurisdicción española (Tribunal Supremo –órdenes penal y militar– y Tribunal Constitucional). En ellos se recuerda que los Dictámenes del Comité no tienen valor jurídico vinculante, salvo el que quiera otorgarle el Estado afectado por la condena. No son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales, aunque posean en virtud del art. 10.2 CE un valor interpretativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para superar este déficit, recuerda la AN cómo el Comité ha decidido en algunos supuestos cuál debe ser el comportamiento del Estado condenado una vez que, en su opinión, se constata la vulneración de uno de los derechos contenidos en el Pacto. Y la tendencia actual pasa por requerir al Estado condenado para que, en el plazo de noventa días, le informe sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de la decisión adoptada en el Dictamen.

Siendo así las cosas y prosiguiendo con el valor de los dictámenes en los casos enjuiciados, la Audiencia considera que el art. 2.3.a) del Pacto no da lugar a un recurso particular que pueda afectar a la validez de resoluciones firmes y los Estados no están obligados a establecer un recurso basado en una decisión del Comité.

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm 61/2013,
de 14 de marzo de 2013**

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 5862/2003Ç

Ponente: *Don Francisco Pérez de los Cobos Oribuela*

Resulta llamativa esta cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el apartado 1 regla segunda letra a) de la Disposición Adicional 7ª del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad 1/1994 de 20 junio en lo que se refiere al sistema de cómputo de las cotizaciones de las trabajadoras a tiempo parcial a efectos de acceder a la pensión de jubilación, ya que se sirve del artículo 10.2 de la Carta Magna para sustentar el valor de una sentencia del TJUE.

En concreto, el TC declara la inconstitucionalidad y nulidad de esta regla segunda por discriminación y vulneración del artículo 14 CE a la luz de la interpretación que de dicho derecho efectúa la STJUE de 22 de noviembre de 2012. La sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial planteada precisamente respecto a la misma previsión normativa, y examina la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo derivada del art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Es el fundamento jurídico quinto el que señala que, al plantearse la constitucionalidad de leyes españolas, debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 10.2 CE; la medida de la constitucionalidad de las leyes está integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, En relación con este último aspecto, se explicita cómo dicha interpretación no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, como es el caso de la mencionada sentencia del TJUE.

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm 198/2012,
de 6 de noviembre de 2012**

Recurso de Inconstitucionalidad núm. 6864/2005

Ponente: *Don Pablo Pérez Tremps*

Se está ante la controvertida desestimación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los populares contra la Ley 13/2005 de 1 de julio por la que

modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Por lo que a nuestra materia se refiere, se observa cómo el fallo se centra especialmente en el segundo motivo de inconstitucionalidad: la infracción del art. 10. 2 CE, que a juicio de los recurrentes implica interpretar que el art. 32 CE se refiere al derecho a contraer matrimonio sólo de la pareja heterosexual, conforme a los tratados internacionales suscritos por España (arts. 16 de la Declaración universal de los derechos humanos, 23.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) así como de diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es a partir del fundamento jurídico sexto, dónde se encuentra el razonamiento del tribunal, que propugna una hermenéutica evolutiva atenta a la evolución de la realidad social, acorde con el art. 10.2 CE, que exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales. Por esta vía interpretativa, se concluye que la aproximación al Derecho Internacional y a los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos internacionales (como el Tribunal de Estrasburgo) apunta también hacia una apertura relativa de la noción más tradicional de matrimonio y sustenta la desestimación del recurso.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)
núm. 341/2013, de 9 de abril de 2013**

Recurso de Casación núm. 1247/2012

Ponente: *Excmo Sr. Luciano Varela Castro*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)
núm. 1012/2012, de 21 de diciembre de 2012**

Recurso de Casación núm. 10733/2012

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

En estos recursos de casación por infracción de ley, el primero relativo al delito de blanqueo de capitales y el segundo de estafa, se considera que la regulación de la casación penal satisface las exigencias del art. 14 del PIDCP y 7 de la Convención Europea.

El artículo 10.2 de la Carta Magna es objeto de examen en el fundamento de derecho primero de los dos fallos, al ocuparse el TS de la posible vulneración del art. 14.5 del PIDCP sobre el derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación del recurso de casación penal.

En ambos casos el Supremo no considera violado el derecho a la tutela judicial efectiva. Para llegar a tal decisión, se apoya especialmente en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, en asuntos decididos por el TEDH y en recientes decisiones de inadmisión de comunicaciones individuales, en las que el Comité ha considerado adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en recursos de casación. Puesto que, como bien señala el propio tribunal, aunque los Dictámenes del Comité no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las sentencias del TEDH, no implica que carezcan de todo efecto interno. Estos dictámenes poseen incidencia en nuestro Derecho, en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, sino que además las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE, deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; interpretación que no puede prescindir de la que llevan a cabo los órganos de garantías establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1ª),
de 19 de noviembre de 2012**

Recurso núm. 48/2011

Ponente: *Excmo Sr. Francisco Javier de Mendoza Fernández*

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)
núm. 1871/2012, de 29 de noviembre de 2012**

Recurso de Casación núm. 1079/2012

Ponente: *Excmo Sr. Luciano Varela Castro*

Este grupo de pronunciamientos se apoya nuevamente, en mayor o menor medida, en el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna. El primero estima uno de los recursos interpuestos contra sentencia del Tribunal Militar Segundo por considerarse que los hechos no son constitutivos de delito de abuso

de autoridad. El Supremo llega a tal conclusión sirviéndose (fd 9) del artículo 10.2 CE para traer a colación el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 3) y diversas sentencias del TEDH. Todos ellos le permiten valorar los hechos como simple falta de educación del superior, y no trato inhumano o degradante.

En segundo lugar, en el auto de 29 de noviembre, el Tribunal Supremo declara inadmisibles dos recursos interpuestos contra sentencia condenatoria por delito contra la salud pública por inconstitucionalidad de los artículos que regulan el recurso de casación. Es de destacar cómo, en su único fundamento jurídico (apartado B), vuelve a servirse del artículo 10.2 CE en relación con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre la base de estos preceptos el Supremo considera que no ha sido vulnerado el derecho a una tutela judicial efectiva ya que el texto del Pacto dice que 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, y esta exigencia ya la cumple nuestro ordenamiento jurídico el recurso de casación penal y su regulación.

VI. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO, APÁTRIDAS Y EXTRADICIÓN

Entre las resoluciones relativas al derecho de asilo, estatuto del refugiado, apátridas y extradición destacamos un grupo de sentencias del Tribunal Supremo en las que el Alto Tribunal critica el uso del cauce del artículo 21.2º Ley 12/2009, de 30 de octubre, el denominado procedimiento brevísimo, por infracción de la jurisprudencia aplicable al artículo 5.6.d) de la anterior Ley de Asilo (Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado). Destacamos también la inadmisión, mediante auto, de un asunto relativo al reconocimiento del estatuto de apátrida de los ciudadanos saharauis con base en la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo reconociendo dicho estatuto. Por último, en sede de extradición, destacamos un supuesto de no extradición de nacionales en el que el nacional en cuestión utilizaba también otra nacionalidad, la suya de origen, pese a haber renunciado a la misma para adquirir la española, lo que el Tribunal Constitucional no consideró suficiente motivo para proceder a la extradición.

DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 27 marzo 2013

Recurso de Casación núm. 2529/2012

Ponente: *Excmo Sra. Maria Isabel Perelló Domenech*

Entre las numerosas sentencias dictadas sobre el estatuto de refugiado y el derecho de asilo en el período cubierto por este trabajo nos limitaremos a señalar aquellas que consideramos más ilustrativas. Entre ellas destaca un grupo de sentencias del Tribunal Supremo en la que el Alto Tribunal critica el uso del cauce del artículo 21.2º Ley 12/2009, de 30 de octubre, el denominado procedimiento brevísimo. Junto a la sentencia objeto de este comentario se integran en este grupo las sentencias dictadas en la misma fecha (27 de marzo de 2013) recursos de casación número 2429/2012 (RJ 2013, 3763) y 2529/2012 (RJ 2013, 4020).

Así, en relación con la sentencia objeto de este comentario, ésta trae causa del recurso interpuesto por un ciudadano originario del antiguo Sahara español contra la sentencia de la Audiencia Nacional que rechazaba el recurso que había interpuesto contra resoluciones del Ministerio de Interior de 14 y 19 de enero de 2011, por las que se le denegaba el reconocimiento del derecho de asilo en España. La primera de estas resoluciones se dictó con arreglo al artículo art.21.2.b) de la Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre (RCL 2009, 2051) por tratarse de un relato contradictorio, genérico, vago e impreciso. La segunda resolución desestimaba la petición de reexamen formulada por el recurrente.

El recurrente alegaba, en primer lugar, la incongruencia y falta de motivación de la sentencia de instancia con base en el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998, 1741). El TS rechazó este argumento habida cuenta de que la sentencia de instancia examinó las alegaciones de índole formal o procedimental incluidas en la demanda, así como las cuestiones de fondo y la petición de otorgamiento de la protección subsidiaria, al considerar la Audiencia que no existía riesgo para el recurrente en caso de retorno a su lugar de origen.

Por el contrario, el TS, como en las otras dos sentencias mencionadas *supra*, sí aceptó el argumento formulado por el recurrente basado en la infracción de la jurisprudencia aplicable al artículo 5.6.d) de la anterior Ley de Asilo (Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), reguladora del derecho de

asilo y la condición de refugiado), jurisprudencia que el TS considera aplicable a la luz de la similitud de las consecuencias de la aplicación de dicho artículo con las del actual artículo 21.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

A este respecto, como resumió el TS en este asunto la *ratio decidendi* de nuestras anteriores sentencias fue la de que al procedimiento acelerado previsto en el artículo 21.2.b) de la vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre (RCL 2009, 2051), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que fue el seguido en el supuesto que se somete a nuestra consideración le resultan de aplicación los mismos criterios jurisprudenciales que se consagraron en interpretación del artículo 5.6.d) de la anterior Ley de Asilo (RCL 1984, 843) pues, al margen de su diferente denominación (inadmisión en la anterior Ley y denegación en la nueva) la funcionalidad de ambos preceptos es similar, en la medida que ambos comportan un rechazo acelerado de las solicitudes de asilo que, ya en primera aproximación, esto es, sin necesidad de esfuerzos dialécticos ni actos de investigación, merecen ser calificados de «incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen», en dicción literal del precepto de la Ley nueva y aplicable'. (FJ segundo)

En efecto, la sentencia subraya que de la anterior legislación y jurisprudencia se deducía que en fase de admisión a trámite lo que la Administración, los Jueces y Tribunales debían hacer era examinar si se había descrito una persecución y que no hubiera manifiesta falsedad o inverosimilitud, no debían por tanto en esta fase analizar si había indicios suficientes de la persecución alegada. Asimismo, no era preceptivo examinar la existencia de pruebas suficientes de los hechos alegados, sino que éstas, junto con el resto de elementos del procedimiento debían haberse evaluado al final del mismo, no siendo adecuado realizarlo en fase de admisión a trámite.

Por otra parte el Tribunal también remarcó que el cauce previsto en el artículo 21.2 conlleva una notable disminución de garantías, significativamente mayor que las previstas por el procedimiento de urgencia habida cuenta, *inter alia*, de que no prevé la intervención de la Comisión Interministerial del Asilo y Refugio (CIAR). Se trata, por tanto, de un procedimiento que permite un rechazo de solicitudes de asilo sin análisis de fondo ni intervención de la CIAR. Este procedimiento, en consecuencia, será solo legítimamente seguido cuando la incoherencia, inverosimilitud o insuficiencia del relato descriptivo de la persecución se revele de forma manifiesta, obvia o patente.

Lo que no procede, concluye el Tribunal en términos inequívocos ‘es tratar de ampliar esta restringida vía procedimental del artículo 21.2.b) so pretexto de su calificación formal como «denegación» (que no inadmisión), utilizándola para despachar apresuradamente una solicitud de asilo cuya inverosimilitud, incoherencia o carencia de fundamento no se revele obvia o patente ya en un primer examen; del mismo modo que no resulta de recibo rechazar con base en este precepto una solicitud de asilo con el argumento de que no aparece respaldada por prueba indiciaria suficiente, pues tanto el estudio detenido del relato como el juicio sobre su respaldo probatorio son cuestiones que trascienden de la limitada funcionalidad de ese trámite del artículo 21.2.b) y sólo pueden ser abordadas tras admitir a trámite la solicitud y en el curso del expediente de asilo correspondiente’. (FJ segundo in fine).

Aplicando esta doctrina a los hechos del presente asunto el Tribunal constató que la Administración no tuvo en cuenta el informe del ACNUR y, lo que es más importante, concluyó que la vía del artículo 21.2.b) no resulta aplicable en caso de informe favorable del ACNUR. En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso interpuesto por el solicitante de asilo.

Por último, el Tribunal, con base en lo solicitado por el recurrente y a la luz de la falta de elementos para resolver la solicitud del mismo anuló la resolución administrativa y ordenó que la solicitud del recurrente fuera admitida a trámite, recordando, eso sí, que el caso había tenido una importante repercusión mediática por lo que el recurrente estaría en una situación especialmente vulnerable caso de ser retornado a Marruecos.

OTRAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Un supuesto bien distinto al anterior es el de **la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 5 de diciembre 2012 (Recurso de Casación núm. 1723/2012, Ponente: Excmo Sr. Pedro José Yagüe Gil)** por la que el TS consideró procedente la denegación de una solicitud de asilo con base en la existencia previa de un procedimiento de expulsión del territorio nacional. La sentencia cuenta con un voto particular de la Excm. Sra. Dña. María Isabel Perelló Domenech.

La sentencia trae causa de un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el pasado 30 de enero de 2012, sentencia

que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el solicitante de protección internacional en España contra las resoluciones del Ministerio del Interior que denegaban su solicitud.

El recurrente había alegado ante la Administración y ante la Audiencia Nacional que, de ser enviado a Siria, sería probablemente objeto de torturas e incluso corría el riesgo de ser eliminado por su condición de islamista y por estar relacionado con un grupo terrorista islámico, dos factores particularmente peligrosos en Siria, y más en las circunstancias actuales. El recurrente mencionaba a este respecto un informe de Amnistía Internacional. Además, el recurrente se había casado con una española, había tenido un hijo de origen español y esperaba un segundo, pues su esposa estaba embarazada.

No obstante, tanto la Administración como el Tribunal de instancia basaban la negativa a conceder la protección en un supuesto específico de la Ley 12/2009, a saber, el artículo 21.2, relacionado con el artículo 25.1.f), el 12 y el 3 de dicha Ley. En concreto, el rechazo obedecía a la existencia de una sentencia condenatoria contra el solicitante, dictada por la Audiencia Nacional, como autor de un delito de pertenencia o integración en organización terrorista, extremo que el solicitante no había contestado en sus escritos procesales.

El recurrente si invocó el artículo 37.b de la Ley de Asilo, esto es, su solicitud por razones humanitarias ante el Tribunal de instancia, tanto por la situación en Siria, como por su vinculación terrorista islámica, y su situación personal en España. No obstante, el Tribunal rechazó que pudiera invocar este artículo en apelación pues no lo había hecho en la solicitud inicial de asilo ante la Administración. La sentencia de la Audiencia Nacional contaba con un voto particular que expresaba, en esencia, que el recurrente no debería en ningún caso ser devuelto a Siria donde su vida corría peligro.

El Tribunal Supremo confirmó que la denegación de protección no obedecía a la falta de riesgo de torturas o de credibilidad del relato del solicitante sino a la concurrencia de una causa específica de denegación, a saber, la de haber sido condenado por un delito grave, como es el de participación en grupo terrorista y, por tanto constituir el recurrente una amenaza para la comunidad. Por otro lado, respecto del principio de no devolución, el Tribunal Supremo confirmó la postura de la Administración y del Tribunal de instancia al afirmar que ese principio era objeto de estudio en el marco de un procedimiento distinto al presente, el de la orden de expulsión de España que recaía sobre el recurrente, orden que había sido adoptada en aplicación de un expediente de extranjería.

En consecuencia, según el Alto Tribunal, ‘si en el caso del aquí recurrente ya se ha dictado anteriormente una orden de expulsión mediante acto administrativo definitivo en vía administrativa [...] será en el contexto de la ejecución de esa orden y, en su caso, en el curso de la impugnación jurisdiccional deducida frente a la misma, donde cabrá invocar el principio de no devolución y el paraguas de protección que de él deriva. Por eso, no podemos acoger un motivo de casación que denuncia unas infracciones jurídicas que realmente el Tribunal de instancia no cometió, dado que dicho Tribunal ni negó ni minusvaloró el alcance del principio de no devolución, simplemente constató que su lugar natural de consideración es un expediente distinto del procedimiento que culminó con la resolución administrativa que ante él se impugnó’. Por esta razón el Tribunal Supremo denegó la procedencia del recurso con base en el principio de no devolución y confirmó la sentencia de instancia.

Contra esta conclusión, la Magistrada Excm. Sra. doña Maria Isabel Perello Domenech formuló, como se ha expuesto, un detallado voto particular con abundantes referencias a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual ‘La protección frente a la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes es total e incondicionada, y como tal, no admite excepciones, siendo digno de resaltarse que se proyecta también sobre los caso de expulsiones ligadas a denegaciones de solicitudes de protección internacional, aun partiendo de la base de que el derecho de asilo no se encuentra como tal incorporado al Convenio’ (Voto particular, FJ Cuarto). Con base en esta doctrina la Magistrada concluía que la Sala debería haber estimado parcialmente el recurso, cuando menos para evitar la expulsión a Siria del recurrente.

Finalmente, otro supuesto sometido a la consideración, en este caso, de la Audiencia Nacional, y resuelto por **sentencia de 28 diciembre 2012 (Recurso contencioso-administrativo núm. 510/2011, Excm. Sra. Esperanza Córdoba Castroverde)** resulta interesante al revelar la existencia de resoluciones de denegación de la protección estereotipadas, vagas e imprecisas, resoluciones que la Audiencia critica severamente. Así, en los términos de la sentencia, «La motivación de las resoluciones de 20 de septiembre de 2011 aquí recurridas, incorpora una combinación de frases estereotipadas y formularias, utilizadas por la Administración, habitualmente, en sus resoluciones denegatorias de asilo, pretendidamente aplicables a toda clase de hechos, circunstancias de persecución o nacionalidades de los peticionarios, sin orden

ni concierto y, además, están enunciadas de una forma tan sumamente vaga, genérica e inconcreta que no es posible conocer con un mínimo de certeza a qué concreta realidad fáctica se refieren las opiniones vertidas, permitiendo a sus destinatarios ese conocimiento como base de su impugnación jurídica». (FJ Cuarto) De hecho, la sentencia pone en tela de juicio la propia existencia de una reunión del CIAR a la que las resoluciones hacen referencia, pues no se han acreditado datos de su existencia, como la fecha o el contenido de la misma. La sentencia deduce asimismo que si la Administración no ha argumentado propiamente las razones por las que denegó el asilo es porque carece de serios motivos para hacerlo, como otras sentencias recientes del mismo tribunal han afirmado (Sentencias de fechas 27 de diciembre –rec. núm. 546/2011– y 28 de diciembre de 2012 –rec. núms. 574/2011 y 44/2012– entre otras). En consecuencia, la Audiencia estimó el recurso, anulando las resoluciones controvertidas y reconociendo la condición de refugiados y el derecho de asilo pretendido por los recurrentes.

APÁTRIDAS

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de diciembre 2012

Recurso de Casación núm. 6172/2011

Ponente: *Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil*

En materia de reconocimiento del estatuto de apátrida destacamos este auto que confirma la posición del Tribunal Supremo respecto de la situación de los ciudadanos saharauis, que gozan de dicho estatuto al negarles Argelia la nacionalidad, concediéndoles solamente un pasaporte por razones humanitarias (véase en este sentido, por todas, la Sentencia de 22 febrero 2012, Recurso de Casación núm. 5767/2007, Recurso contencioso-administrativo núm. 1165/2010, Ponente: Excmo Sr. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández) y no pertenecer su territorio de origen a Marruecos.

A este respecto, el Auto recuerda que «cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en el presente recurso han sido recientemente examinadas y rechazadas por esta Sala en Sentencia de 27 de abril de 2012, recurso de casación nº 6080/2011 y los que en ella se citan. Procede, pues, declarar la inadmisión del presente recurso por carecer manifiestamente de fundamento, en aplicación del artículo 93.2.d) de la mencionada Ley Jurisdiccional».

En suma, tras numerosas sentencias estimando los recursos de ciudadanos saharauis contra resoluciones denegatorias de su condición de apátridas, el auto mencionado confirma la postura del Tribunal Supremo al respecto, declarando inadmisibile un nuevo recurso que ignoraba esta doctrina.

EXTRADICIÓN

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda).

Sentencia núm. 232/2012 de 10 diciembre

Recurso de Amparo núm. 3251/2012

Ponente: *Don Francisco José Hernando Santiago*

Entre las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en materia de extradición durante el periodo cubierto por este trabajo, cabe destacar una sentencia del TC relativa a un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano de origen egipcio contra dos Autos de la Sala Penal de la Audiencia Nacional por el que se accedía a la extradición del recurrente a su país de origen con arreglo a ciertas condiciones.

Según el recurrente, los autos en cuestión vulneraban los artículos 9.3, 15, 18.1, 24.1 y 2 y 25.1 de la Constitución Española. En particular, el recurso sostiene que se han vulnerado los principios de no extradición de nacionales y de reciprocidad. Además, el recurrente sostiene que el Estado reclamante no presenta garantías suficientes para acceder a la extradición. El Ministerio Fiscal en este caso consideró que cabía conceder el amparo por la violación de los dos principios mencionados, pero no así por la pretendida ausencia de garantías.

En relación con el principio de no extradición de nacionales, el demandante de amparo sostenía que el art. 3.1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva prohíbe la extradición de nacionales. A este respecto, el recurrente acreditaba ostentar la nacionalidad española y señalaba que la mencionada ley era aplicable pues no existía tratado de extradición entre España y la República Árabe de Egipto («Egipto»). En consecuencia, al haber accedido a la extradición pese a ser nacional español y en contra de lo dispuesto en la ley de extradición pasiva se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de legalidad, ambos reconocidos por la Constitución Española (art. 24.1. y art. 25.1 CE).

La Audiencia Nacional, no obstante, concluyó que el recurrente en este caso ostentaba y ejercía la nacionalidad española, pero también la egipcia, por lo que valerse de la nacionalidad española para evitar su extradición podría ser considerado como un abuso de derecho, y ello a pesar de haber admitido la Audiencia que la obtención de la nacionalidad española no fue fraudulenta.

Con carácter previo al estudio de las alegaciones del recurrente, el Tribunal Constitucional descartó la infracción del principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 CE en este caso, habida cuenta de que dicho artículo hace referencia a las normas penales o administrativas sancionatorias sustantivas, no así a las procesales, como las que son objeto de estudio en el presente asunto.

En cambio, las resoluciones sobre procesos de extradición, continúa el tribunal con referencia a sentencias anteriores (STC 87/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 87) (F. 5) y STC 412/2004, 2 de noviembre [RTC 2004, 412], F. 2, y las por ella citadas) sí que pueden ser analizadas a la luz del principio de la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE.

Con base en este canon de control de constitucionalidad el Alto Tribunal procedió al análisis del asunto, constatando en primer lugar que el recurrente había obtenido legalmente la nacionalidad española por residencia de más de diez años y que, como exige la legislación vigente (art. 23 del Código civil (LEG 1889, 27), había renunciado a su nacionalidad anterior. Por tanto, a los efectos del derecho español, el recurrente sólo ostentaba una nacionalidad, la española, al haber renunciado a la egipcia y no existir tratado de doble nacionalidad entre España y Egipto.

A la luz de lo anterior no había *a priori* motivos para proceder a la extradición de un nacional español a otro país. Ante esta situación el TC procedió a analizar los argumentos esgrimidos por la Audiencia Nacional para proceder a dicha extradición pese a lo dispuesto por el artículo 3.1 de la Ley de extradición pasiva para evaluar si eran, o no, razonables con arreglo al principio de la tutela judicial efectiva recogido en la Constitución. Así, en primer lugar, los autos de la Audiencia controvertidos habían expuesto que la denegación de la extradición crearía un espacio de impunidad que beneficiaría al recurrente. A este respecto, el TC subrayó que, con base en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales españoles son competentes para conocer de delitos que hayan sido cometidos por españoles, o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española

con posterioridad a la comisión del hecho delictivo, aunque haya sido fuera de España. Por tanto este argumento de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no podía prosperar.

En segundo lugar la Sala de la Audiencia Nacional había afirmado también que no cabía denegar la extradición en este caso pues de hacerlo se consumiría un caso de abuso de derecho o mala fe por parte del recurrente, habida cuenta de que, aunque hacía valer su nacionalidad española para evitar su extradición, en realidad esa era más bien su nacionalidad residual, siendo la principal la de Egipto. A este respecto el TC constató que la Audiencia Nacional había reconocido que la adquisición de la nacionalidad española no había sido fraudulenta, por lo que no cabía hablar en este caso de abuso de derecho o mala fe.

En suma, con base en lo anterior, el TC consideró que los Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional habían incurrido en irrazonabilidad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva por lo que procedió a su anulación. Conviene mencionar, por último, que a la misma conclusión llegó el TC en relación con dos asuntos relativos a los hijos del demandante de amparo en este caso cubiertos por el periodo objeto de este estudio jurisprudencial, a saber, los asuntos que concluyeron en sentencias de la Sala Primera del TC 205/2012 (RTC 2012, 205) y 206/2012 (RTC 2012, 206), ambas de 12 de noviembre.

OTRAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES NACIONALES RELATIVAS A EXTRADICIÓN

Un supuesto bien distinto fue resuelto por la reciente **sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril de 2013 (Sala de lo Penal, Recurso de Casación núm. 928/2012, ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer)**. La Sentencia aclara que la extradición, debidamente cursada, interrumpe la prescripción y ello aunque finalmente no hubiere alcanzado el resultado pretendido. En otros términos, el efecto interruptivo de la prescripción motivado por la extradición no puede quedar subordinado al resultado final, favorable o adverso, de la misma.

La sentencia trae causa de un Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el que se concluía un sumario y se declaraba el sobreseimiento libre y el archivo de un proceso por prescripción de los delitos de asesinato, lesiones, robo, y tenencia ilícita de armas. Esta decisión fue

impugnada por la Asociación «Víctimas del Terrorismo» por considerar que los delitos mencionados no habían prescrito para el imputado habida cuenta de que una solicitud de extradición debidamente cursada había interrumpido la prescripción de los mismos. Según esta asociación, la interrupción de la prescripción no puede depender de si la misma va seguida o no de la efectiva detención del reclamado en rebeldía procesal.

A este respecto, el Tribunal Supremo, tras repasar lo esencial del proceso de extradición tal y como está regulado en nuestro ordenamiento concluyó que el mismo es supranacional y que no puede, por tanto, equipararse a una orden de busca y captura como había hecho la Audiencia Nacional. En este sentido, si bien es cierto que una orden de busca y captura no es suficiente para interrumpir los plazos de prescripción (inter alia SSTS núm. 1250/2011, de 22 de noviembre (RJ 2012, 1663), 66/2009, de 4 de febrero de 2009 (RJ 2009, 825) o SSTS de 05/01/1998 y 10/03/1993) una solicitud de extradición debidamente cursada si puede desplegar esos efectos. El Alto Tribunal destacó a este respecto que tanto la naturaleza como los fines de las órdenes de busca y captura y las solicitudes de extradición son diferentes, lo que justificaría otorgar a las mismas un trato diferente, como además hace la propia legislación (Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), Títulos VI y VII).

Así, el Tribunal constató que la solicitud de extradición en este caso fue cursada conforme a la legislación nacional y a lo previsto por el Tratado de Extradición firmado en Caracas el 4 de enero de 1989 entre el Reino de España y la República de Venezuela, en vigor desde el 30/09/1990 y publicado en el BOE núm. 294/1990, de 08/12/1990 (RCL 1990, 2555). En consecuencia, «una petición de extradición desplegada de acuerdo con el procedimiento exigible, oportunamente fijado en la norma, que cumple además los presupuestos y garantías preconcebidos por ambos Estados en el ejercicio de su potestad soberana y que, no adoleciendo de defectos sustanciales, ha sido tramitada a través de los órganos específicamente habilitados a tal fin, constituye una actuación material de dirección del proceso contra el presunto responsable. De ello se sigue la necesaria consecuencia de interrumpir el plazo de prescripción». Este efecto, continúa el Tribunal, no puede quedar supeditado al resultado final de la extradición ni al hecho de que el imputado se encuentre en prisión preventiva. Bastará, para interrumpir la prescripción, que hayan concurrido «ab initio» los presupuestos que justificaron la petición extradicional con arreglo al derecho interno y al derecho internacional.

Con base en lo expuesto, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, casando y anulando el auto de la Audiencia Nacional controvertido y ordenando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su emisión para que la Audiencia Nacional emita una nueva resolución compatible con la doctrina del Tribunal.

Por último, el Tribunal Supremo, en un asunto que guarda relación con el anterior, ha analizado otros efectos relativos a la extradición, a saber, si el tiempo transcurrido en prisión extradicional (desde que se aceptó la extradición hasta que fue efectivamente entregado) debe ser computado en la liquidación de la pena impuesta en sentencia. El Alto Tribunal, mediante **sentencia de 8 de enero de 2013 (Sala de lo Penal, Recurso de Casación núm. 10474/2012, Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar)** confirma la resolución de la Audiencia Nacional que rechazaba, en este caso, esa posibilidad.

El Tribunal Supremo aclara que el art. 58 del Código Penal, tal y como ha quedado redactado por la LO 5/2010, de 22 de junio, no es de aplicación al presente asunto, en el que el imputado cumplía condena en Francia por una causa distinta a la que motivó su solicitud de extradición hasta que fue extraditado. Este asunto, según el Alto Tribunal, debe resolverse con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en STC 57/2008, de 28 de abril (RTC 2008, 57). Según esta doctrina, «la coincidencia temporal del cumplimiento de la prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquélla y que lo contrario vulneraría el art. 17.1 de la CE (RCL 1978, 2836)». (FJ Tercero) Dicho esto, el Tribunal Supremo ha interpretado que el imputado no se encontraba en Francia cumpliendo prisión provisional sino otra condena por otra causa distinta, lo que no le permite deducir el periodo transcurrido en Francia como prisión preventiva de la condena finalmente impuesta en España.

VII. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

En materia de inmunidad de jurisdicción destacamos un asunto recurrente, el de la consideración de los consulados extranjeros en nuestro país como territorio sobre el cual nuestros tribunales no ejercen su jurisdicción, y un

asunto que ha despertado un notable interés mediático, el de la expropiación parcial por Argentina de las acciones de la sociedad española Repsol S.A., en la argentina YPF S.A.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª)

Recurso de Apelación núm. 266/2012

Ponente: *Doña María Isabel Valldecabres Ortiz*

Destacamos esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid habida cuenta, en primer lugar, de que la misma constata el «giro copernicano» dado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de competencia de los tribunales españoles para juzgar hechos cometidos en el extranjero. En concreto, para enjuiciar falsedades documentales con independencia de que se hayan cometido materialmente en España o en el extranjero (SSTS 1295/2003, de 7-10 [RJ 2003, 9563]; 1089/2004, de 10-11 [RJ 2004, 7531]; 66/2005, de 26-1 [RJ 2005, 1627]; 1004/2005, de 14-9 [RJ 2005, 6791]; 458/2006, de 11-4 [RJ 2006, 2266]; y 14/2007, de 25-1 [RJ 2007, 1171]). En segundo lugar, el asunto nos parece interesante por incluir una referencia a la regulación de la inmunidad de jurisdicción en España.

En concreto, el caso, en la parte que nos interesa a los efectos de este trabajo, versa sobre la competencia de los tribunales españoles para perseguir un presunto delito consistente en utilizar un pasaporte falso en el consulado británico en Madrid para llevar a cabo determinadas gestiones. La Sala determinó a este respecto que dicha conducta no sería enjuiciable por los tribunales españoles habida cuenta de que se trataría «en todo caso de una conducta que no se habría llevado a cabo en territorio español, sino en un espacio –la sede del consulado británico– que goza de inmunidad de jurisdicción con arreglo a lo previsto en el art. 21.2 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) en relación con la Convención sobre las Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 2 de diciembre de 2004». (FJ Cuarto).

No obstante la Sala de la Audiencia Provincial determinó que los probados no incluían ese pretendido uso por lo que si ciñó a la utilización del pasaporte controvertido en España, evitando por tanto la aplicación de las normas sobre inmunidad jurisdiccional esbozadas en el pasaje reproducido de la sentencia.

Por último, mencionamos a continuación un caso, resuelto por **auto de 5 de julio 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (Procedimiento núm. 395/2012, Ilmo. Sr. D. Carlos Nieto Delgado)** por estar relacionado con un asunto que ha despertado un notable interés mediático en el último año, la expropiación de parte de las acciones de la mercantil Repsol S.A. («Repsol») en la sociedad argentina YPF S.A. («YPF»).

El auto en cuestión trae causa de una demanda de juicio ordinario por competencia desleal interpuesta por Repsol contra YPF con base, en esencia, en el ofrecimiento de Derechos de Explotación sobre activos estratégicos de YPF a terceros competidores de Repsol, que esta sociedad considera que constituye un acto de competencia desleal. Ante esta demanda YPF promovió una cuestión de competencia por declinatoria por falta de jurisdicción y de competencia judicial internacional del juzgado ante el que se había interpuesto la demanda.

En la parte que concierne a este estudio, YPF alegaba que la demanda formaba parte de una estrategia procesal destinada a eludir la inmunidad de jurisdicción de la que goza en España el Estado argentino conforme al Derecho internacional para cuestionar la legalidad de la expropiación mencionada, acordada por el legislativo argentino. El Juzgado rechazó esta argumentación, subrayando que en el estudio de la declinatoria no cabe entrar al fondo del asunto sino a lo solicitado en la demanda, que en este caso encuentra acomodo en la Ley de Competencia Desleal, y no incluye declarar la inconstitucionalidad de la legislación argentina. El Juzgado añadió, además, que el Estado argentino no era parte del proceso y que el control de los actos de su Poder Ejecutivo o Legislativo no formaba parte de lo solicitado al Juzgado.

Por último, conviene mencionar brevemente que el Auto del Juzgado incluye una interesante discusión, con referencias a distintas obras doctrinales de derecho internacional público y de derecho internacional privado, relativa a la afirmación de YPF, que el juzgador no comparte, en el sentido de que los Tribunales españoles estarían obligados a otorgar plena eficacia en el orden civil a una expropiación efectuada por las autoridades de otro país, en este caso por la expropiación parcial de las acciones de REPSOL en YPF con arreglo a la Ley argentina núm. 26741, de 3 de mayo de 2012. Esta exposición, junto con el resto de argumentos expuesto en el Auto –menos relevantes para esta sección sobre inmunidad de jurisdicción con base en del derecho internacional público– llevan, en definitiva, al juzgador en este caso a rechazar la declinatoria presentada por YPF.

VIII. OTRAS SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013

Asunto 399/11

Ponente: *Marek Safjan*

La sentencia objeto de este comentario es interesante por varios motivos relacionados con nuestro estudio. Así, se trata de una sentencia relativa a extradición recaída en un asunto de Derecho de la Unión Europea («UE»), decidido por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión. Además, el asunto trae causa de la primera cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Constitucional español de conformidad con el actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

El asunto tiene su origen en un Auto de 1 de octubre de 1996 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el que declaraba procedente la extradición a Italia del Sr. Melloni para ser juzgado por los hechos que se recogían en unas órdenes de detención (nos 554/1993 y 444/1993) emitidas en 1993 por el Tribunale di Ferrara (Italia). El Sr. Melloni no pudo, sin embargo, ser entregado a las autoridades italianas habida cuenta de que, tras ser acordada su libertad bajo fianza, se dio a la fuga.

Ante esta situación el Tribunal de Ferrara declaró, en 1997, al Sr. Melloni en estado de rebeldía del Sr. Melloni y decidió que las notificaciones fueran a partir de ese momento efectuadas a los abogados que ya había designado. De este modo, en el año 2000 el Sr. Melloni fue condenado en rebeldía como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión, y esta sentencia fue confirmada en apelación y en casación.

Posteriormente el Sr. Melloni fue detenido en España y se opuso a la extradición alegando que había designado otro abogado en la fase de apelación, revocando el de los abogados anteriores, que sin embargo continuaron recibiendo las notificaciones, no así su nuevo abogado. El Sr. Melloni alegaba también que la ley italiana no permite recurrir las condenas dictadas en rebeldía por lo que la orden de detención europea debería ser condicionada a que Italia diera garantías de que el Sr. Melloni podría interponer un recurso contra la sentencia que lo condenó.

A pesar de estos argumentos la Audiencia Nacional acordó la entrega del Sr. Melloni a las autoridades italianas en 2008 para que cumpliera la condena

impuesta en Italia. La Audiencia hacía constar en su resolución que el Sr. Melloni se situó en rebeldía voluntariamente y que sus abogados iniciales nunca dejaron de representarle.

El Sr. Melloni recurrió en amparo al Tribunal Constitucional («TC») con base en la jurisprudencia de este Alto Tribunal según la cual la entrega de un juzgado en rebeldía está subordinada a que se pueda revisar la condena impuesta en rebeldía. Ante esta argumentación el TC elevó al Tribunal de Justicia la cuestión de si la Decisión marco relativa a la orden de detención europea (Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1) modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81, p. 24).) permite a los tribunales españoles subordinar la entrega del Sr. Melloni (juzgado en rebeldía) a la posibilidad de que se revise su condena.

El Tribunal de Justicia, en formación de Gran Sala, rechazó la posibilidad planteada por el TC alegando, en esencia, que los Estados miembros están obligados en principio a ejecutar una orden de detención europea y, en segundo lugar, que sólo podrán oponerse a ello con base en las excepciones previstas en la propia Decisión marco.

A este respecto, el Tribunal de Justicia subrayó que la Decisión marco ha tasado los supuestos en los que cabe oponerse a la ejecución de una orden de detención europea con base en el derecho de defensa del acusado. La Decisión marco señala que si el juzgado en rebeldía tuvo conocimiento de la celebración de su juicio y dio mandato a un abogado para que le defendiera, como había sucedido en el caso del Sr. Melloni, no cabe denegar la ejecución de una orden de detención europea.

Por otra parte el Tribunal concluyó que la entrega en este caso del Sr. Melloni no sería contraria al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, ambos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues el acusado puede renunciar a él si existen otras garantías (como la presencia de sus abogados).

Por último, un aspecto interesante de este asunto lo constituye el análisis de los hechos de este caso a la luz del artículo 53 de la Carta de Derechos fundamentales. En virtud de este artículo «Ninguna de las disposiciones de

la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». En otros términos, este artículo reconoce que los Estados miembros podrán aplicar sus estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales.

No obstante, el Tribunal de Justicia afirmó que este artículo ha de ser interpretado con arreglo al principio de primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. En otros términos, que no cabe deducir del artículo 53 que éste permita oponer un precepto nacional, aunque sea constitucional, al derecho de la Unión, pues lo anterior sería contrario al principio de primacía. De esta forma, al negarse a ejecutar una orden de detención europea más allá de los supuestos que prevé la Decisión marco para oponerse, el Estado español podría debilitar el principio de confianza y de reconocimiento mutuo, perjudicando de este modo la efectividad del derecho de la Unión. Por estas razones el Tribunal concluye que tampoco el artículo 53 de la Carta es óbice para ejecutar la orden de detención europea en este caso.