

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO *

(1974)

Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS. - M.^a Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA
MARÍA, José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS. - Luis Ignacio SÁNCHEZ
RODRÍGUEZ, Carlos VILLÁN DURÁN

I. TRATADOS INTERNACIONALES. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

A) *Tratados bilaterales.*

1. Como es habitual en la jurisprudencia española de estos últimos años, nuestros tribunales han incidido reiteradamente en problemas relativos a la interpretación y aplicación de tratados bilaterales durante 1974. Dentro de un abultado bloque de decisiones destacan, en primer lugar, dos de la Sala 5.^a del T. S., que presentan un relativo interés por ser un reflejo directo de la liquidación de dos recientes situaciones coloniales y, de forma más concreta, del subsiguiente régimen convencional de ellas derivado. La primera de ellas, *Sent. T. S. (Sala 5.^a) de 25 de abril de 1974*, aborda una cuestión relativa al *status* de funcionario del recurrente, al cual el M.^o de Justicia había denegado la petición de su reincorporación a España al cesar de

* Las decisiones se recogen en orden sistemático; corresponden al Tribunal Supremo (T.S.), Tribunal Central de Trabajo (T.C.T.) y a las Audiencias Provinciales (Aud. Prov.). Los textos de las sentencias están tomados de los siguientes repertorios: 1) T.S.: Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*); 2) T.C.T.: Aranzadi, *Repertorio de Sentencias del Tribunal Central de Trabajo* (Aranzadi, *Rep. Jurispr., T.C.T.*); 3) Aud. Prov.: M.^o de Justicia, *Sentencias en Apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal* (*Sentencias en Apelación*).

prestar sus servicios con el Gobierno Marroquí. El Tribunal declaró improcedente el recurso al no haberse probado que

«... el contrato que les liga con el Gobierno marroquí, se hubiese formalizado en aplicación de las normas del Convenio sobre asistencia administrativa y técnica de 7 julio 1957, ratificado por instrumento de 7 diciembre del mismo, parece desprenderse lo contrario de la frase 'este contrato queda sometido a las reglas del derecho privado'» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 1.638).

Por su parte, la *Sent. T. S. (Sala 5ª) de 18 de diciembre de 1974*, también alude a la situación de un funcionario español, esta vez en la República de Guinea Ecuatorial, a los efectos de la percepción de dietas por comisión de servicios en el extranjero; al igual que en el supuesto anterior, nuestro Alto Tribunal declara improcedente el recurso en base a que

«... su estatuto personal continuaba siendo el mismo anterior acordado en 6 agosto 1968, según estableció la Cláusula III, aps. a) y b), del Convenio entre España y la Guinea Ecuatorial de 12 octubre 1968, sin que hubiese alteración de los derechos económicos que pudiese alcanzar al concepto de dietas pretendido, según se deduce al ap. c) de dicha Cláusula, en relación con la XI...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 4.553).

Esta decisión presenta un cierto interés por dos motivos. En primer lugar, por la imprecisión de la referencia al Convenio, ya que de acuerdo al *Censo de Tratados Internacionales suscritos por España* (t. I, Madrid 1976, p. 265) el 12 de octubre de 1968 se firmaron en la República de Guinea Ecuatorial dos convenios; el T. S. parece referirse, sin duda, al firmado «para el período transitorio que finalizará con la firma de los acuerdos de cooperación». En segundo lugar, porque el mencionado texto internacional no ha sido publicado en el *B. O. E.*, encontrándonos, de este modo, con que el T. S. interpreta y aplica unas normas internacionales que no cumplieron el requisito de publicación, aunque indudablemente fueron aportadas al expediente de donde el recurso dimanaba (Cfr. la Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en «Jurisprudencia española sobre Derecho internacional público», *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núms. 67-82).

2. Con mayor imprecisión, sin embargo, la *Sent. Aud. Prov. de Madrid de 6 de febrero de 1974* alude al derecho convencional internacional, ya que, en relación con la reciprocidad del art. 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, afirma que

«... aún cuando no se estimare que el principio de reciprocidad entre Jordania y España no estuviere suficientemente acreditado por el tratado existente entre ambos países, y por la certificación de la Embajada de Jordania...» (*Sentencias en Apelación*, primer semestre 1974, Madrid núm. 246 —civil—).

La Audiencia madrileña debe referirse, evidentemente, al Tratado de Amistad entre España y el R. H. de Jordania, hecho en Amman el 7 de octubre de 1950, cuyas ratificaciones fueron canjeadas en dicha ciudad, el 12 de julio de 1951 y, en concreto, a su art. 4. No hubiese estado de más, pues, una alusión directa a este texto internacional.

3. Pero el capítulo fuerte en esta materia lo constituye, indudablemente, la aplicación y la interpretación de los convenios internacionales de seguridad social suscritos por nuestro país. Durante 1974 tanto la Sala 6.^a del T. S., como el T. C. T., han mantenido la tónica de años anteriores (Vid. la crónica precedente en este *A. D. I.*, t. II, 1975, pp. 682-686 y las referencias que allí se contienen). Así, la *Sentencia T. S. (Sala 6.^a) de 19 de febrero de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 534) se refiere al «Convenio suscrito con Portugal y ratificado por España en 28 junio 1962...» si bien lo hace de forma incorrecta, pues la fecha citada corresponde al instrumento español de ratificación (*B. O. E.* 18-IX-62), y el Convenio General se hizo en Madrid el 20 de enero de 1962; a su vez, la *Sent. T. S. (Sala 6.^a) de 10 de mayo de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 2129) nos pone en contacto con el Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Países Bajos, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 1962 (*B. O. E.* 26-XI-63). En la misma línea, la *Sent. T. C. T. de 13 de mayo de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurisp. T. C. T.* 1974, núm. 2.294) suscita un problema de competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de seguridad social, en base a la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y la Rep. Fed. de Alemania, hecho en Bonn el 29 de octubre de 1959 y ratificado por España mediante instrumento de fecha 13 de octubre de 1960; dicho texto internacional también se menciona en la *Sent. T. C. T. de 5 de diciembre de 1974*; finalmente, la *Sent. T. C. T. de 5 de junio de 1974* y la *Sent. T. C. T. de 27 de noviembre de 1974* se limitan a interpretar y a aplicar respectivamente otros dos convenios generales sobre seguridad social: los concertados por España con Francia, el 27 de junio de 1957 y con Brasil, el 25 de abril de 1969 (Aranzadi, *Rep. Jurispr. T. C. T.*, 1974, núms. 5.241, 2.802 y 5.011; sobre toda esta materia, precisamente desde la dimensión jurisprudencial ha aparecido recientemente una nueva

aportación, aunque con limitadas ambiciones: Vid. B. GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ Y E. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, *Consideraciones en torno la interpretación y aplicación de los convenios internacionales de seguridad social*, Madrid, diciembre de 1975).

4. También se han suscitado problemas de aplicación e interpretación de convenios de seguridad social en otras Salas del T. S. Concretamente, la *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 11 de junio de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Félix Fernández Tejedor) nos sitúa ante el caso límite de determinar la vigencia en el orden interno del texto de un convenio (el ya citado Hispano-alemán de 29 de octubre de 1959) y del instrumento de ratificación correspondiente, publicados en el *B. O. E.*, en cuanto que en su Considerando 3.º afirma que

«... por lo que en segundo lugar hace referencia al momento en que se inicia la vigencia de este Acuerdo es claro que ésta ha de estimarse a partir del 1 octubre 1961, primer día del segundo mes siguiente al vencimiento prescrito en función del canje de los Instrumentos de ratificación según el art. 58 del Convenio y de la fecha del 23 de agosto en que tuvo lugar dicho canje...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 2.661 y Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, núm. 46).

De muy acertada puede calificarse esta afirmación del T. S., ya que la *vacatio legis* determinada en el art. 2, 1.º del C. civ. no consideramos que sea de aplicación a los tratados, toda vez que no es lícita la fijación de una equiparación absoluta entre tratado y ley, debido a las diferencias de naturaleza y técnica jurídica que ambos implican. Nuestro legislador abordó torpemente la redacción del art. 1, 5.º del C. civ., olvidando muchos problemas o evitando entrar en ellos. Aspectos tan importantes como la entrada en vigor de los tratados internacionales o la posible aplicación retroactiva de los mismos, una vez convertidos en Derecho interno, carecen de reglamentación expresa en el precepto citado.

Hasta el momento, únicamente dos autores se han ocupado del tema y ambos han dado una respuesta negativa a la posibilidad de aplicar la *vacatio legis* a los tratados publicados. Para RODRÍGUEZ ZAPATA (*Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia 1976, p. 265 y nota 101) la razón última radica en el mandato del art. 31 del Decreto de 24 de marzo de 1972, por el que se prevé la comunicación del Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, indicando la fecha de aplicación del tratado. A juicio de GONZÁLEZ CAMPOS («Comentario al art. 1, 5.º del C. c. español», en el colectivo *Co-*

mentarios a las reformas del Código civil, Madrid 1977, vol. I, pp. 119-120), el problema se resuelve teniendo en cuenta las disposiciones finales del tratado, recibidas también a través de su publicación. En nuestra opinión, ésta es la tesis correcta, avalada además por la sentencia que ahora comentamos. En efecto, el Decreto de 1972 es una norma que ordena la actividad de las autoridades administrativas en materia de tratados, sin que su destinatario primario sea el juez, quien debe resolver en base al propio texto convencional. El reproche al legislador se basa en no haber previsto una fórmula de coincidencia entre la entrada en vigor del tratado a nivel internacional y a nivel interno.

5. El tema de la audiencia previa por parte del Consejo de Estado en Pleno con relación a la «interpretación y cumplimiento de los Tratados internacionales y Concordatos con la Santa Sede» (art. 16, 3.º de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944 y Reglamento de este Alto Cuerpo Consultivo, aprobado por D. de 13 de abril de 1945), se planteó en la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 9 de octubre de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Espín Cánovas), al afirmarse en su Considerando 2.º que

«... en cuanto a la cuestión de fondo planteada por el recurrente ha sido también resuelta en la citada sentencia de esta Sala de 15 enero 1971 y conforme a su doctrina que debe reiterarse en esta litis hay que estimar que el Jurado al fijar la cifra relativa de negocios de la Sociedad en España no realizó una interpretación del Convenio Hispano-Francés ya mencionado sino que partiendo de las reglas allí establecidas se limitó a resolver la cuestión fáctica resultante del volumen de negocio de la Sociedad, por lo que al actuar así actuó dentro de su competencia según el art. 151 de la referida Ley General Tributaria y por tanto, apreciando los hechos en conciencia y sin extenderse a cuestiones de Derecho, y finalmente sin que pueda aceptarse el carácter de preceptivo informe del Consejo de Estado que se alega por la recurrente ya que como queda expuesto la cuestión a resolver no es de índole interpretativa del citado Convenio único a que se refiere el art. 16 núm. 3.º de la Ley que rige dicho Alto Cuerpo Consultivo, razones por las que al no concurrir ninguna de las causas excepcionales que permiten anular los acuerdos de los Jurados Tributarios según el art. 152 de la repetida Ley General Tributaria, hay que desestimar el recurso en todas sus pretensiones, como aconteció en el caso resuelto por la repetida S. de 15 enero 1971, que con más amplitud desarrolla los anteriores pronunciamientos, aplicables íntegramente al caso presente de la misma Sociedad» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 3.637 y Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núm 83).

El texto reseñado supone la reiteración de una línea jurisprudencial en la que se incluyen también la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 15 de enero de 1971* y la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 20 de enero de 1969* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1971, núm. 65 y 1969 núm. 17). En todos estos casos se plantea el problema de determinar la cifra relativa de negocios de sociedades francesas en España para la aplicación, a efectos fiscales, de la normativa prevista en el Convenio hispano-francés de 7 de agosto de 1926 (Cfr. *Col. Leg.*, 1926, IV, p. 394); todos ellos establecen que nos encontramos ante una «cuestión de hecho», por tanto, en virtud de tal calificación se limita la preceptiva intervención consultiva del Consejo de Estado en materia de tratados internacionales y, consecuentemente, los conflictos de calificaciones entre los particulares y la Administración deben ser decididos por vía jurisdiccional.

Como afirma GARCÍA TREVIJANO, la función consultiva del Consejo de Estado se concreta en sus «dictámenes», que son indelegables, irrevocables y, lo que es más importante para nosotros, necesariamente anteriores a la decisión de la Administración que resuelve un determinado asunto (Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid 1967, pp. 600-604). En consecuencia, si la Administración activa omite la consulta al Consejo cuando ésta sea preceptiva no queda otra solución que «declarar nulo lo tramitado desde que debió oírse a dicho Consejo», debiendo subsanarse el defecto de procedimiento cometido (*Sent. T. S. de 10 de abril de 1954* —Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1954, núm. 1334—).

B) *Tratados multilaterales.*

6. También en 1974 los Tribunales españoles han aplicado e interpretado el Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, abierto a la firma en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950 (texto publicado en el *B. O. E.*, 25-IX-62). Este texto internacional se ha convertido en punto obligado de referencia de las decisiones que aplican el art. 452 bis del Código Penal (Cfr. el comentario de diferentes aspectos del mismo en el ámbito de las «relaciones de sistemas» de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXVIII, 1975, pp. 139 y ss. y vol. XXIX, 1976, pp. 157 y ss.). Así lo han hecho durante el año objeto de la presente crónica la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 30 de marzo de 1974* (si bien de forma inconcreta) y la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 27 de setiembre de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núms. 1494 y 3420).

En una línea similar, la Sala de lo Penal ha aplicado e inter-

pretado el Convenio Unico sobre estupefacientes, hecho en Nueva York el 30 de marzo de 1961 y, más concretamente, sus Listas anejas (sobre la recepción del Convenio en el Derecho español Vid. la Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en R. E. D. I., vol. XXIX, 1976, pp. 145-147): la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 26 de febrero de 1974* y la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 28 de mayo de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.* 1974, núms. 881 y 2437).

La *Sent. de la Aud. Prov. de Huesca de 28 de noviembre de 1974 (Sentencia en Apelación, 1974, 2.º sem., Huesca núm. 267, penal)* contiene, por su parte, una referencia al Convenio de Ginebra de 1946 (sic), en relación con las características de los parabrisas de los vehículos de motor; no cabe duda que esta decisión alude al Convenio de Ginebra de 1949 sobre circulación por carretera, al que España se adhirió el 13 de febrero de 1958 (*B. O. E.* 12-IV-58), pero esta referencia es, en el contexto del problema examinado, meramente accidental.

Mayor interés ofrece la cuestión debatida por la *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 7 de febrero de 1974* al situarnos ante el Derecho convencional internacional adoptado en el seno de la O. I. T. invocado por el recurrente para fundamentar su pretensión, ya que: «... la fijación del horario infringido va contra disposiciones de superior rango, citándose el Convenio de Washington de 29 de noviembre de 1919...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 778). No obstante el T. S. rechaza la alegación limitándose a manifestar, correctamente, que el ámbito sustancial del tratado difiere de la cuestión que se ventila.

7. Como es bien sabido por los lectores habituales de las crónicas de jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público, el Derecho internacional convencional en materia de protección de propiedad industrial y, en concreto, su aplicación e interpretación por nuestros tribunales, constituye el capítulo que más decisiones registra. El año 1974 ha mantenido respecto de los inmediatamente anteriores la tónica habitual, destacando quince pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo. Al Acuerdo de Madrid de 14 de abril de 1891, revisado en Niza el 15 de junio de 1957, se alude en la *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 7 de febrero de 1974* y en la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 29 de abril de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núms. 779 y 2.164); a estos dos textos internacionales se refiere también la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 25 de setiembre de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 3.394), aunque no alude directamente al segundo, sino al dato de su publicación en el *B. O. E.*, el 14 de diciembre de 1966; en el mismo sentido genérico («convenio internacional de mar-

cas») y con la misma referencia a su publicación en el *B. O. E.* se pronuncia la primera de las dos *Sents. (Sala 3.ª) de 7 de octubre de 1974*, en tanto que la segunda ofrece una mayor precisión, si bien omite incomprensiblemente la revisión del texto verificada en Estocolmo en 1967 y otras posteriores (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núms. 3.528 y 3.586). Por último cabe destacar en hecho de que la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 21 de noviembre de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 4.544) se refiere a la «limitación temporal establecida tanto en el Convenio de Londres de 1934 como en el de Niza de 1957» en relación a la denegación de marcas depositadas en la Oficina Internacional; no obstante, debe advertirse que nuestro país realizó una declaración —efectiva a partir del 15 de diciembre de 1966— en el sentido de que no era su intención obligarse por los textos anteriores al de Niza de junio de 1957; ello hace superflua la referencia al texto de Londres de 1934.

De otra parte, la *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 2 de marzo de 1974*, realiza una interpretación de la normativa internacional en materia de protección de la propiedad industrial, al rechazarse uno de los motivos del recurso en base a que

«... tampoco es eficaz a este respecto la invocación de la parte recurrente, del art. 8.º del Convenio Internacional de la Propiedad Industrial de La Haya de 6 noviembre 1925, Texto revisado el 2 julio 1934 en Londres, porque conforme con la doctrina del Tribunal Supremo dicho precepto no permite la concesión de dos Marcas prácticamente casi idénticas («Sony» y «Somy») y para distinguir los mismos productos...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 1.274).

Una importancia mayor registra, sin embargo, la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 8 de abril de 1974*, al plantear un problema de goce de derechos en esta materia, ya que en el Considerando 1.º se estima que

«... si bien el Convenio internacional para la protección de la propiedad industrial suscrito en Londres el año 1934 y al que se adhirió España, establece que los súbditos de los Estados contratantes tendrán en todos los demás países de la Unión la misma protección que los nacionales (art. 2.º), resulta evidente el signo de igualdad en la protección que no permite menos pero tampoco más...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 1.898).

Finalmente, al Convenio General de la Unión, hecho en París el 20 de marzo de 1883, así como a sus diferentes revisiones se refieren la *Sent. T. S. (1.ª) de 30 de mayo de 1974*, al igual que las decisiones de la Sala 3.ª de 26 de setiembre, 14 de noviembre, 18 de noviembre, 26 de diciembre y 14 de noviembre de 1974, y la

Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 14 de enero de 1974 (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núms. 3.326, 3.396, 4.382, 4.513, 5.015, 5.057 y 359).

C) *Tratados internacionales y orden público español.*

8. Mención especial, dentro del apartado general de la aplicación e interpretación de los tratados internacionales, debe hacerse de la *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 25 de abril de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. José María Cordero Torres), pues nos presenta una dimensión bastante singular, cual es la del «orden público» español en el tema de la aplicación de los tratados internacionales por nuestros tribunales.

Los hechos de la presente decisión nos remontan a la formación del Gobierno tecnocrático operada a finales de 1969, y a la subsiguiente aceleración de las negociaciones tendentes a la firma de nuevos Convenios entre España y los Estados Unidos; esta política intensificó los desplazamientos del Ministro de Asuntos Exteriores Sr. López Bravo a aquel país y trajo como consecuencia la visita del Secretario de Estado norteamericano, a la sazón el Sr. William Rogers a Madrid, en calidad de invitado oficial del Gobierno. El 29 de mayo de 1970, en el transcurso de esta visita, ciento catorce personalidades españolas de la oposición democrática, entre las que figuraban los Sres. Areilza, Ruiz Jiménez, Satrústegui y Tierno Galván, hicieron entrega de un escrito (dirigido al Sr. Rogers) en el que se hacían consideraciones sobre diversos aspectos de la política interior y exterior de nuestro país y, en particular, sobre la firma de nuevos Convenios con los Estados Unidos.

La reacción de las autoridades españolas (que nada habían hecho unos días antes en relación con un «memorandum» sobre la política española enviado por las mismas personalidades al Ministro de Asuntos Exteriores de la Rep. Fed. de Alemania, Sr. W. Scheel) fue de extremada dureza, ya que gran parte de los firmantes fueron sancionados por el Ministro de la Gobernación, de acuerdo al art. 2.º de la Ley de Orden Público, con multas que oscilaban entre las 25.000 y las 100.000 pesetas; la Administración entre otros motivos consideró que en dicho escrito se protestaba «de la política mantenida por ambos Gobiernos» y que por su tono, contexto y forma de presentación perjudicaba «el crédito y la autoridad del Estado, tanto en España como en el extranjero». Con posterioridad le sería retirado el pasaporte al Sr. Areilza.

Ante estas sanciones, D. Miguel P. C. y otras personas inter-

pusieron doble recurso de súplica ante el Ministro de la Gobernación y de alzada ante el Consejo de Ministros, siendo desestimado este último por acuerdo de 4 de diciembre de 1970. Agotada la vía administrativa, fue promovido recurso contencioso-administrativo, que la sentencia aquí referida estima, afirmando entre otras razones que

«... aparte de las consideraciones jurídicas del escrito sobre la ventaja para España de unos convenios objeto de pública y permitida discusión en la prensa, la profesión de opiniones, que implica reforma de algunas Leyes Fundamentales..., así como el propósito de exponerlos a un Ministro español —que es el único atribuible al recurrente; pueden constituir una desacertada expresión del ejercicio del derecho de expresión y petición del art. 21 del Fuero de los Españoles; pero no el motivo de responsabilidad apreciado conforme al art. 1 de la Ley de Orden Público; por lo que procede estimar el recurso sin apreciar motivos para la imposición de costas» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 1.926 y Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 467-468).

Los hechos posteriores son bien conocidos. El 6 de agosto de 1970 se firmó en Washington el acuerdo de amistad y de cooperación con los Estados Unidos y, el 14 de enero de 1976, el propio Sr. Areilza, ahora Ministro de Asuntos Exteriores del Gobierno español, suscribiría los nuevos textos convencionales que abren la actual etapa de las relaciones hispano-norteamericanas.

II. RELACIONES ENTRE EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

9. Al igual que el año anterior (Vid. este *A. D. I.*, vol. II, 1975, pp. 690-692), numerosas decisiones de la Sala 2.^a del T. S., dieciocho en total, se remiten al Convenio único sobre estupefacientes hecho en Nueva York el 30 de marzo de 1961, al que hemos hecho ya referencia en el apartado precedente. De este conjunto de pronunciamientos: *Sents. T. S. (Sala 2.^a) de 28 de enero, de 14 de febrero, de 16 de febrero, de 22 de febrero, de 14 de marzo, de 15 de marzo, de 21 de marzo, de 8 de mayo, las dos de 10 de mayo, las dos de 5 de junio, de 8 de junio, de 12 de junio, de 20 de junio, de 29 de setiembre, de 11 de octubre y 21 de noviembre de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núms. 290, 758, 772, 855, 1.332, 1.336, 1.415, 2.156, 2.227, 2.233, 2.802, 2.805, 2.818, 2.871, 2.914, 3.710 y 4.427), importa destacar dos notas principales. En primer lugar, la determinación del momento en que nuestro país se con-

virtió en parte del convenio, pues algunas de las decisiones afirman que España lo ratificó el 30 de marzo de 1966, otras sitúan la ratificación el 5 de setiembre de 1966 y otras el 3 de setiembre del mismo año; solo un pequeño número afirman, más correctamente, que la fecha de ratificación por España del Convenio de 1961 se llevó a cabo el 1 de marzo de 1966, ya que el Instrumento de ratificación se depositó en dicha fecha (*B. O. E.*, 22-IV-66); resulta sorprendente, aunque en nada afecte a los fallos, la falta de precisión de la Sala 2.^a en la materia.

En segundo lugar se pone de relieve que la nueva redacción del art. 344 del Código Penal traduce una exigencia derivada de la ratificación por nuestro país del Convenio de 1961, puesto que para acoger su regulación es necesario introducirlo en nuestra normativa penal (Cfr. la Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 157-161). En este ámbito, el T. S. se ve obligado a acudir a normas internacionales para con su concurso calificar e interpretar los tipos penales.

Merece la pena, sin embargo, que nos detengamos en la mencionada *Sent. T. S. (Sala 2.^a) de 5 de junio de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal), al poner de relieve un aspecto que venimos denunciando reiteradamente a lo largo de estas crónicas: lo oportunista que ha sido nuestro legislador en la redacción del párrafo 5.º del art. 1 del C. civ. y la deficiencia del precepto, al presuponer que todos los tratados internacionales son *self-executing*. En efecto, la sentencia dice que

«... con anterioridad a la reforma penal de 15 noviembre 1971 que, en acatamiento al compromiso internacional que supuso para España la ratificación el 3 septiembre 1966 del Convenio único de las Naciones Unidas de 30 marzo 1971 (sic), dió nueva redacción al art. 344 del C. P., este precepto era si no una Ley penal en blanco al menos una norma agravatoria de carácter específico sin primordial y sustantiva configuración pues los elementos constitutivos o integrantes del tipo básico o primario se hallaban ausentes de él...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 2.805 y Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núms. 84-91).

La argumentación del T. S. pone de manifiesto que muchas veces los convenios, que obligan a España una vez ha prestado el consentimiento en obligarse, reclaman para su perfeccionamiento el concurso de una legislación interna de ejecución. Ello explica que estas dieciocho sentencias se vean en la necesidad de aludir reiteradamente al Convenio de 1961 dado que, como apuntamos, el art. 344 del Código Penal implica la ejecución del mandato convencional.

10. Una problemática similar queda bien patente en relación con el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación ajena, abierto a la firma en Nueva York el 21 de marzo de 1950. la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 15 de abril de 1974* resulta ilustrativa en este sentido al entender que

«... para adentrarnos en el espíritu y finalidad perseguida por el legislador al establecer los «Delitos relativos a la prostitución», agrupados en el Capítulo VII, Título IV del Libro II del C. P. y que antes se encontraban dispersos en el mismo, conviene recordar que ello fue derivado y se inspiró en los principios informadores de los Convenios internacionales sobre trata de mujeres y niños vigentes...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 1.841).

Una orientación parecida se recoge en la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 30 de marzo de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 1.494).

11. La remisión por nuestros Tribunales al Convenio de Ginebra de 19 de setiembre de 1949 sobre circulación por carretera, en aclaración de categoría propias del Ordenamiento español, es también reiterada. En esta línea, la *Sent. de la Aud. Prov. de Oviedo de 22 de marzo de 1974* (*Sentencias en Apelación*, primer semestre 1974, Oviedo, 307 —civil—) plantea nuevamente el tema de la calificación de la categoría jurídica de «ciclomotor» al que ya hemos tenido ocasión de referirnos en otras ocasiones (Vid. este *A. D. I.*, vol. II, 1975, pp. 696-699 y Nota de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS en *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 147-157), esta vez con respecto a la inclusión de estos artefactos en el Seguro Obligatorio de vehículos de motor.

También se ha acudido a este texto convencional respecto a la interpretación del art. 340 bis c) del Código Penal, precepto que impone multa de 10.000 a 50.000 pesetas al que «condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso»; esto lo ha hecho la *Sent. Aud. Prov. de Sevilla de 7 de octubre de 1974* cuando asegura que

«... los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito contra la seguridad del tráfico, previsto y castigado en el artículo 340 bis, c), del Código Penal, por cuanto aparece acreditado que el sujeto activo condujo por una vía pública interurbana una motocicleta de dos ruedas, cuya cilindrada es de 150 centímetros cúbicos, sin estar en posesión del correspondiente permiso administrativo que lo habilitare para conducir dicho vehículo, por haber obtenido tan sólo un permiso de la clase B expedido en California (Estados Unidos de América) el día 2 de marzo de 1970, que no le autorizaba en España, ni en la nación que lo expidió,

para que condujera vehículos de motor de la indicada categoría, según disponen tanto el artículo 262 de nuestro Código de la Circulación (redacción actual del Decreto de 26 de diciembre de 1968), que en su apartado II expresamente previene que el permiso de la clase B no autoriza para conducir motocicletas de dos ruedas, como el Convenio Internacional de 19 de septiembre de 1949 (ratificado por Estados Unidos de América en 30 de agosto de 1950), que en sus anexos 9 y 10 establece, lo mismo en el modelo de permiso para conducir nacional que en el modelo internacional, la clase de permiso A, exclusivamente para la validez de la conducción de motocicletas, limitando el permiso B para los vehículos automotores o automóviles propiamente dichos, que describe en forma semejante al citado artículo del Código de la Ruta español» (*Sentencias en Apelación*, segundo semestre 1974, Sevilla núm. 478 —penal— y Nota de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núm. 92).

La presente decisión se pronuncia con evidente acierto respecto a la delimitación del ámbito material de un permiso de conducir «nacional» (respecto a la delimitación del ámbito temporal Vid. las *Sents. T. S. (Sala 2.ª) de 25 de noviembre y 14 de diciembre de 1963*, —Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1963, núms. 4.763 y 4.989— y la *Sent. Aud. Prov. de Jaén de 24 de marzo de 1973*, con Nota de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, en *R. E. D. I.*, vol. XXVIII, 1975, pp. 154-6) de la clase B expedido en el extranjero conforme al modelo 9 del Convenio de Ginebra de 1949, al que nuestro país se adhirió el 13 de febrero de 1958, había sido ratificado por los Estados Unidos (Cfr. *Traités Multilatéraux ... 1974*, ST/LEG/SER.D/8, p. 287). Al considerar coincidente el ámbito de validez en ambos Estados, la Audiencia estimó que el acusado no estaba en posesión de la correspondiente autorización para conducir, por lo que en su virtud éste es condenado.

12. La *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 6 de mayo de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal y Allende) nos pone de nuevo en contacto con la normativa «unionista» en materia de propiedad industrial. Su considerando 5.º ofrece un cierto interés al distinguir las modalidades de esta propiedad,

«... según su país de origen, en nacionales (sometidas exclusivamente a la regulación del Estatuto), extranjeras (regidas mediante los tratados específicos y, en su defecto, el principio de reciprocidad, según el art. 133 de aquél) e internacionales o, quizá con más rigor «multinacionales», que son aquéllas cuya protección se instrumenta a través de los correspondientes convenios y se produce dentro del ámbito de la «Unión»...».

En la actualidad, como es sabido, el adjetivo «internacional» inspira ciertas reservas, por lo que se registra una cierta tendencia hacia su sustitución; concretamente, J. ROUBIER califica las normas «unionistas» como «supraestatales» (Cfr. *Le Droit de la propriété industrielle*, t. I, Paris 1952, p. 278), en tanto que J. DERRUPE habla de «normas uniformes supranacionales» (Cfr. *Répertoire Dalloz de Droit International*, t. II, p. 671). El T. S. emplea en este caso la expresión «multinacional», que no deja de suscitar bastantes reservas ya que, como ha puesto de relieve el Profesor MIAJA DE LA MUELA, es ésta una terminología reciente que no es muy apropiada para el jurista, aunque haga referencia a una realidad económica inequívoca (Cfr. *Studi in onore di Manlio Udina*, Milán 1975, pp. 495-535). No vemos, pues, dónde está el «rigor» del que habla el T. S. en este pronunciamiento.

Una nueva observación debemos hacer a los siguientes pasajes de este quinto Considerando, ya que en ellos se considera que

«... si bien la doctrina jurisprudencial de este T. S. ha proclamado constantemente la aplicación en esta materia de un régimen de igualdad ... no ha pretendido en ningún momento la uniformidad absoluta ya que en tal hipótesis resultaría superflua la regulación contenida en los pactos internacionales, a veces minuciosa e incluso casuística y siempre distinta, en numerosos aspectos, de las legislaciones internas para cuya coordinación precisamente se establecen aquellas normas supraestatales, si además se tiene en cuenta —por una parte— que la propia reciprocidad (supuesto límite de la equiparación total del tratamiento) permitiría una variada gama de situaciones y —por otra— que el principio de igualdad rectamente entendido ha de trasladar su centro de gravedad desde el ámbito nacional al conjunto de la Unión, pues sólo dentro de ese marco cabe plantear tal exigencia, en cuanto las eventuales excepciones de las normas de cada Estado signatario pueden aparecer en ellas bajo la óptica de «privilegios» ...».

En efecto, dentro del sistema internacional que estamos examinando, la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de dos bloques normativos nítidamente diferenciados: a) las normas de «coordinación» entre las legislaciones nacionales y b) las normas de «unificación» (Cfr. J. DERRUPE, *loc. cit.*, p. 671). A este respecto la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 6 de mayo de 1974*, aparte de un lamentable manejo del idioma, carece de claridad, al no separar los aspectos de «derecho uniforme» de las normas que hemos calificado de «coordinación».

Pero la decisión que comentamos ahora presenta interés desde otra perspectiva, cual es la relativa a la integración en el ordenamiento español de las «normas unionistas» internacionales y la

del rango que éstas poseen una vez que se ha operado dicha integración. En este sentido el Considerando sexto es ilustrativo al asegurar que

«... la *promulgación* en el Boletín Oficial del Estado de 23 abril 1958 del Convenio firmado en París el 20 marzo 1883 y revisado en Bruselas el 14 diciembre 1900, en Washington el 2 julio 1911, en La Haya el 6 noviembre 1925 y en Londres el 2 junio 1934, *publicación* que le confiere automáticamente fuerza inmediata de Ley interna, como había reconocido ya este T. S. en dos ocasiones anteriores —SS. de 4 junio 1957 y 20 febrero 1961—, aún cuando otra decisión posterior —13 mayo 1965— disienta de tal criterio ...» Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 2.356 y Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 480-3. La cursiva es nuestra).

Tampoco es muy afortunado el texto transitorio ya que, dejando de lado el empleo del término «promulgación» en vez del de «publicación» (debido sin duda a un lapsus), de una lectura pormenorizada de las decisiones que en él se detallan, en modo alguno se puede llegar a una solución concluyente, ni a favor ni en contra de que el tratado, después de su publicación, adquiere «fuerza inmediata de Ley interna».

13. La *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 15 de enero de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Suárez Manteola), afecta a dos problemas distintos: de un lado, a las *medidas internas preparatorias de la aplicación de un tratado internacional*; por otra parte, a la *adaptación entre el orden interno español y el orden internacional*. En efecto, el Considerando tercero de la citada decisión afirma que

«... el Ministerio de la Gobernación dispondrá, cuando así lo estime necesario, la adecuación de los términos y requisitos que se fijan en este Reglamento a cuanto aconseje la aplicación de los Convenios internacionales a los que España se hubiera adherido y la garantía y buen régimen de los servicios —arts. 4.º, 21, 445 núm. 1.º y disposición final 2.ª del Reglamento de Servicios de Correos—; el Decreto de 25 noviembre 1965 del Ministerio de la Gobernación pone en vigor provisionalmente a partir de 1 de enero de 1966, la Constitución, el Convenio y Acuerdo de Valores Declarados, Paquetes Postales y Giros Postales y Bonos Postales de Viaje de la Unión Postal Universal, suscritos en Viena el 10 julio 1964, con ocasión de la celebración en dicha capital del 15 Congreso de la mencionada Unión; mandando que serán cumplidas en toda su extensión las disposiciones de la Constitución y del Convenio de carácter obligatorio; la presente puesta en ejecución ten-

drá carácter provisional, no siendo definitiva hasta que se publique en el Boletín Oficial del Estado la ratificación formal por parte de España de la Constitución, del Convenio y de los Acuerdos de que se trata ...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.* 1974, núm. 361 y Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R.E.D.I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 470-6).

Cuando se afirma que el Decreto de 25 de noviembre de 1965 pone en vigor los textos suscritos en Viena el 10 de julio de 1964, cabría pensar, en principio, que nos hallamos en presencia de un supuesto de aplicación provisional de un tratado o de parte del mismo. Ahora bien, no estamos en presencia de ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 25 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que ni el tratado lo disponía, ni los Estados negociadores habían convenido en ello. Lo sucedido fue que en el momento de entrada en vigor del tratado —1 de enero de 1966—, España aún no lo había ratificado, procediendo el citado Decreto de 1965 a adoptar unas medidas internas preparatorias de la futura aplicación del mismo. Hay que pensar que para su aplicación provisional, en sentido técnico, hubiera sido de rigor utilizar la vía del artículo 30 del Decreto de 24 de marzo de 1972, norma que no es mencionada en ningún párrafo de la decisión.

Por lo que se refiere a la adaptación de sistemas, el Decreto de 25 de noviembre de 1965, nos sitúa ante una llamativa hipótesis. Dicha norma procede a una adaptación anticipada del Derecho español respecto a una norma convencional que todavía no obligaba a nuestro Estado por inexistencia del consentimiento. En ciertas ocasiones, la reacción del legislador español ha sido tardía ante normas internacionales obligatorias para nuestro Estado. Sin embargo, ahora se trataba de relaciones en el marco de la cooperación internacional, motivo por el cual el legislador interno no duda en alinear la legislación española para hacer efectiva una normativa convencional de aceptación inmediata por el Estado español.

14. Muy similar es el problema que plantea la *Sent. T. S. (Sala 1.ª) de 8 de febrero de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón), en cuanto afecta a la *aplicación* por los Tribunales españoles de normas convencionales, estableciendo su *jerarquía* y determinando la *operatividad del recurso de casación por infracción de ley*. En el primer Considerando se afirma

«Que el motivo segundo del presente recurso correctamente formulado al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la L. E. C. es

estimable por que siendo el Concordato de 1859 y el Convenio Ley de 1860 verdaderos Tratados internacionales, no pueden ser modificados unilateralmente por una de las Altas Partes, por lo que el Derecho común español sólo es aplicable en el desarrollo de los derechos y obligaciones que prevén en tanto no desvirtúen su contenido, como ha reconocido la Sentencia de esta Sala de 13 de junio de 1916 al declarar que las disposiciones legales mencionadas en orden al ejercicio de los derechos de la Iglesia con respecto a la propiedad del convento de San Pablo, es lo cierto que no pueden ser aplicables al caso de autos los preceptos de caducidad previstos en las leyes administrativas ni en las de Derecho común, porque tratándose como se trata de deudas y derechos reconocidos por pactos internacionales convenidos por la Santa Sede en el Concordato de 1857 y el Convenio de 1860, no pueden ser aplicables aquéllos, sin que medie el debido Convenio entre ambas Partes» (Aranzadi, *Rep. Juripr.*, 1974, núm. 441 y Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 476-80).

La obtusa reforma legislativa verificada en el artículo 1, pfo. 5.º del Código Civil español ignora o soslaya una serie de importantes cuestiones. Entre ellas, la diferenciación entre tratados *self-executing* y los que necesitan un desarrollo posterior. Esta *Sent. T. S. de 8 de febrero de 1974* se refiere precisamente al Concordato de 1851, en cuyo artículo 45 se determina que «en virtud de este Concordato se tendrán por revocadas, en cuanto a él se oponen, las Leyes, Ordenes y Decretos publicados hasta ahora, de cualquier modo y forma, en los dominios de España, y el mismo Concordato regirá para siempre en lo sucesivo como Ley del Estado en los propios dominios». Se trata, no hace falta insistir en ello, de una norma que se presume *self-executing* (Cfr. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: «Nota al Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de febrero de 1965», en *R. E. D. I.*, 1967, pp. 114-9). Por eso nos parece exótica la opinión mostrada por algún autor (J. DE MIGUEL ZARAGOZA: «Aspectos jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.097, de 5 de junio de 1977, p. 12), al afirmar que el art. 1, pfo. 5.º del Código civil «además de situarse en una perspectiva dualista en estado puro, sólo regula el modo y tiempo de vigencia de los Tratados». En ésta y otras Crónicas hemos intentado demostrar que dicho precepto ni es dualista en estado puro, ni contempla todos los modos de vigencia de los tratados, ni soluciona ninguno de los aspectos intertemporales de los mismos. Únicamente puedo coincidir con dicho autor en su apreciación de la inutilidad de esta norma ante

los numerosos problemas de la reglamentación comunitaria frente a una posible integración española.

Aunque el artículo 1, 5.º del Código civil olvida jerarquizar las normas internacionales, esta decisión es fiel a la tradición jurisprudencial española en la materia al afirmar que «el Derecho común español sólo es aplicable en el desarrollo de los derechos y obligaciones que prevén en tanto no desvirtúen su contenido», referencia que es aplicable tanto al Concordato de 1851 como al Convenio Ley de 1860. La recepción —contra lo que afirma DE MIGUEL ZARAGOZA— es automática con la mera publicación y no exige su transformación en Derecho interno.

Por lo que respecta a la *jerarquía* de las normas convencionales recibidas en el Derecho español, algún autor había sostenido que «las normas contenidas en tratados internacionales carecen de eficacia interna en tanto no se hayan incorporado al ordenamiento patrio mediante la norma legal o reglamentaria que en cada caso proceda» (F. GONZÁLEZ NAVARRO: «Eficacia interna de las normas contenidas en tratados internacionales», en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 41, 1975, p. 47). Esta posición, que es claramente dualista y va más allá que el sistema del artículo 1, 5.º del Código civil, se ve desmentida por la afirmación que hace nuestro Tribunal Supremo en esta Sentencia de 8 de febrero de 1974, al aceptarse como remedio procesal oportuno el recurso por infracción de ley o doctrina legal, cuando se infringen las disposiciones contenidas en un tratado internacional publicado en el orden interno español. Y lo hace de una forma correcta desde el punto de vista técnico, puesto que habla expresamente de «tratados internacionales» y de «pactos internacionales», rehuyendo una fácil y falsa equiparación de tratado y ley interna, considerando a las normas contenidas en los tratados internacionales como inatacables por disposiciones internas no constitucionales contrarias.

15. Insistiendo en lo que acabamos de decir respecto a la *jerarquía*, viene a apoyarnos la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 17 de junio de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Jiménez Asenjo), cuyo Considerando segundo sienta la doctrina de que

«... los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente concertado por las partes soberanas contratantes, prevalecerán sobre las normas internas vigentes sobre la misma materia, en caso de contradicción o conflicto entre unas y otras ... debiéndose por tanto aplicar con carácter prioritario lo establecido por el Convenio de París de 20 marzo 1883 ...» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 2.849 y Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núms 93-4)).

Ello pone de manifiesto cómo con anterioridad a la reforma del Tít. Prel. del Código civil español, nuestra jurisprudencia había llegado a una solución caracterizada por su flexibilidad y por su actitud respetuosa hacia las normas internacionales. Paul DE VISSCHER («Les tendances internationales des constitutions modernes»), *R. des C.*, t. 80, 1952-I, pp. 521-2) había puesto de relieve los dos sistemas más importantes para la introducción de las normas internacionales en los sistemas jurídicos internos: sistema de incorporación obligatoria, pero no automática del Derecho internacional común en el Derecho interno; y sistema de adopción automática por el orden jurídico interno. La publicación operaba, pues como requisito necesario y suficiente para la recepción e iba seguido del principio de supralegalidad de los tratados, con lo que se completaba un sistema simple y coherente. Su debilidad congénita radicaba en la inexistencia de una norma legal que convirtiera en inatacable lo que sólo era una solución de facto. Esto prueba —en contra de la afirmación de DE MIGUEL ZARAGOZA— que nuestro sistema no era ni es dualista. En efecto, los sistemas dualistas se caracterizan, entre otros aspectos, por la inexistencia de problemas de jerarquía al transformarse necesariamente la norma internacional en un texto interno que automáticamente le confiere una jerarquía precisa. Así se planteó inicialmente el tema en el proceso de reforma legal de nuestro sistema, puesto que el art. 2, ap. 2 de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la Modificación del Título Preliminar del Código civil, determinaba que «las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte de la legislación interna española» (Cfr. en idéntico sentido la intervención del Ponente Sr. ESCRIVÁ DE ROMANÍ, en el *B. O. C. E.*, sesión de 21 de noviembre de 1972, Apéndice 90, p. 17).

Sin embargo, la fragilidad del sistema propiciaba la aparición de decisiones pintorescas, como sucede con la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 14 de noviembre de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez), que afirmó en su tercer Considerando

«Que ... los Tratados internacionales, con independencia de su calificación doctrinal, no coincidentes, no tenían, con arreglo a la ley española, el carácter de fuente directa del Ordenamiento jurídico, ya que tal categoría sólo la han adquirido después de la Ley de Bases de 17 marzo 1973, para la modificación del Título Preliminar del Código civil, y concretamente, con el Texto articulado mencionado con fuerza de Ley por Decreto de 31 mayo 1974» (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 4361 y Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núms 93-4).

La decisión merece dos comentarios, de distinto cariz. De un lado, la facilidad con que un cambio jurisprudencial puede derribar un complejo edificio construido lentamente desde la mitad del siglo XIX (Cfr. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: «Comentarios al artículo 1, apartado 5.º del Código civil», *op. cit.*, pp. 78 y ss.). Por otra parte, no es de recibo la afirmación de que la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 haya concedido la categoría de fuente directa a los tratados internacionales. Muy al contrario, preveía su conversión en Derecho interno para su incorporación, aunque la redacción final del art. 1, 5.º no haya consagrado las previsiones iniciales. Con todas sus lagunas técnicas, este precepto posee el mérito de impedir en lo sucesivo que se repitan afirmaciones como la de esta Sentencia de 14 de noviembre de 1974, borrando con una frase más de un siglo de tradición jurisprudencial y de soluciones coherentes.

Por último, parece evidente la necesidad de aludir a un pasaje en el que nuestro Tribunal Supremo se refiere a la «calificación doctrinal» no coincidente de los tratados internacionales. La observación nos llena de asombro si pensamos que el artículo 2, a) del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre Ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados internacionales (*B. O. E.* del 8 de abril del mismo año), se establece lo siguiente: «Se entiende por tratado internacional el acuerdo regido por el Derecho internacional y celebrado por escrito entre España y otro u otros Estados, o entre España y un Organismo y Organismos internacionales de carácter gubernamental, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular». Creemos que esta definición es suficiente, a los ojos del juzgador español, para impedir el problema de la «calificación doctrinal de los tratados», máxime si tenemos en cuenta su carácter concordante y ampliatorio de la definición de tratados internacionales contenida en el art. 2,1 a) del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

III. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA.

16. En este ámbito de materias es necesario aludir a la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 16 de noviembre de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra), que fue dictada como consecuencia de la demanda interpuesta contra nuestra Administración por diversos particular españoles con intereses en la Repú-

blica de Guinea Ecuatorial que sufrieron la imposición de diversas multas a causa de la difusión de determinadas noticias estimadas como difamatorias contra el Jefe del Estado de aquel país. Esta Sentencia, única de este año en que nuestro T. S. ha tenido ocasión de ocuparse de la protección diplomática, presenta un enorme interés pues viene a plantear el tema de la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección, así como la cuestión de que si bien en el ordenamiento español las decisiones adoptadas en esta materia se consideran incluidas en la categoría de los actos políticos o del Gobierno y por tanto excluidos de fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin embargo desde la perspectiva concreta de nuestro sistema puede ejercitarse un control por los particulares, ante la justicia estatal, del obrar del Estado en el orden internacional al comprometer tales decisiones la responsabilidad patrimonial de la Administración, dando lugar a la concesión de una indemnización. Un estudio pormenorizado de la jurisprudencia española, puede verse en la Nota de M. Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA publicada en este mismo volumen y titulada «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno». Estimamos sin embargo de interés incluir en esta Crónica las Consideraciones legales más relevantes de esta Sentencia:

«CDO (6.º): Que la lesión patrimonial, entendida como detrimento injusto sufrido por el reclamante, es imputable, ante todo, a una represalia carente de toda justificación y ante la cual el perjudicado, en el área del sistema defensivo interno frente a actos del Gobierno Guineano, no pudo obtener una reparación, por lo que las alternativas posibles, no han podido ser otras que el soportar individualmente la lesión, u obtener una reparación por la vía de la protección estatal encuadrable en el cuadro de la responsabilidad internacional con base en el daño injusto sufrido por unos súbditos merecedores de la atención del Estado, o por vía indemnizatoria con justificación última en la concurrencia, dentro del proceso causal del daño, de hechos que al desencadenar la represalia han contribuido a la producción de aquél, dando lugar, en definitiva, a un deber de reparación no alcanzable por otra vía, disyuntiva que, por fuerza y para corregir el perjuicio patrimonial sufrido, debe decidirse por esta última vía indemnizatoria, y al margen de los posibles cauces de resarcimiento que correspondan al Estado español, pues la denegación de toda reparación o la remisión a la protección a nivel de responsabilidad internacional, conduciría a perpetuar un detrimento patrimonial antijurídico o a condicionar la reparación a una relación de Estado a Estado dentro de un marco de oportunidad.

CDO. (7.º): Que aún admitiendo la falta de una formulación positiva, a nivel constitucional o de ley básica, del derecho a la protección nacional ante represalias ilícitas, pudo, sin embargo, agotados los recursos defensivos internos, seguirse aquella vía para la satisfacción del perjuicio patrimonial padecido por los súbditos españoles, en atención, no tan sólo al normal desarrollo de la protección diplomática ante daños individuales generadores de una responsabilidad internacional, sino también y principalmente, en atención a la causa generadora de la represalia ejercida sobre los recurrentes, y a la circunstancia especial de la situación de los españoles en el tránsito a la independencia de Guinea, pero ésta no ha sido la vía elegida, ni a ella pueden ser remitidos los recurrentes, porque, aparte de la falta de formulación positiva que decíamos en la que basar un verdadero derecho a la protección que, imponga al Gobierno propio por modo inexcusable la puesta en ejercicio del dispositivo indemnizatorio a nivel de Estados, la decisión que en este punto adoptara el Gobierno tendría el carácter de acto no susceptible de ser recurrido, netamente comprendido en la norma excluyente del art. 2, b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y sin otro medio posible restaurador, en su caso, que el de la indemnización a tenor de lo dispuesto en el mismo artículo y en el 40, 1) de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

CDO (8.º): Que la concurrencia de una lesión patrimonial y de un conjunto de hechos relevantes en el proceso causal de aquel resultado lesivo con génesis inmediata en un acto de represalia injustificado, cuales son la información televisiva tomada como pretexto de la represalia y la falta de una efectiva protección diplomática, puesto que aquélla desencadenó la medida dañosa y ésta no ha logrado la satisfacción del detrimento patrimonial a nivel de relaciones entre Estados, permiten, sin forzar el texto del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su mismo sentido teleológico, y con base profunda en un principio de solidaridad, que se acoja, en la medida del daño efectivamente soportado, y en la extensión probada y en una estimativa despejada de rigorismos formales, la demanda de responsabilidad, pues existe una lesión patrimonial, cual es la detracción pecuniaria sufrida por los recurrentes, no imputable a los mismos y ajena a toda fuerza mayor, con origen inmediato en un acto de represalia, generado por una información de Televisión, lesión patrimonial no satisfecha por la vía de la protección diplomática, y que aunque no entrañe, para el actuar de la Administración española, una conducta anormal y, menos ilícita, es, sin embargo, de las que también justifican una indemnización por conectarse, en un círculo de causalación con hechos imputados al ámbito del quehacer público y causales en aquel proceso, al funcionamiento de los servicios públicos». (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 4510 y Nota de M.ª

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núm. 95).

IV. FUERZAS ARMADAS EN TERRITORIO EXTRANJERO.

17. Si el comentario de la jurisprudencia entraña el análisis de una decisión judicial en relación con el resultado alcanzado y respecto a las premisas y elementos que fundamentan tal decisión, en ocasiones, el objeto debe ser otro. En tales casos el comentarista tiene la obligación de poner de manifiesto un problema que solamente se insinúa, o se encuentra implícito, en la sentencia. La decisión judicial opera en esas situaciones al modo de los «topoi» en la tradición retórica que sirven de base de discusión al problema que se debate (Cfr. Theodoro VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid 1964, pp. 49 y 56-64).

La cooperación internacional en materia de defensa entre España y los Estados Unidos de América, sobre la pauta trazada por los textos convencionales firmados por ambos países a partir de 1953, ha dado lugar a una serie de pronunciamientos por parte de nuestro T. S., que se acomodan a la segunda dimensión apuntada del comentario jurisprudencial. Ello, porque todas estas decisiones ofrecen una nota común: el hecho de no haberse publicado en España los acuerdos internacionales complementarios a los Convenios de 26 de septiembre de 1953. Como nuestros lectores recordarán, el tema se planteó con agudeza en la *Sent. T. S. (Sala 6.ª) de 14 de julio de 1964* (Cfr. *R. E. D. I.*, vol. XIX, 1966, pp. 436 y ss. y Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS) en materia laboral y en la *Sent. T. S. (Sala 3ª) de 23 de octubre de 1964* (Cfr. *R. E. D. I.*, 1966, pp. 442 y ss. y Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS) en materia aduanera.

18. El año 1974 ha registrado en este ámbito tres importantes decisiones: dos hacen relación al problema de la inmunidad jurisdiccional de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos no pertenecientes al M. A. A. G. Spain, y otra abunda en la materia aduanera.

Las dos primeras plantean, directamente en un caso e indirectamente en otro, un aspecto importante de la cooperación defensiva: el de la jurisdicción penal respecto de las fuerzas armadas estadounidenses en territorio español; nos referimos a la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 9 de mayo de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral) y la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 5 de marzo de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Escudero del

Corral). En el primer supuesto, el problema jurisdiccional afecta al sector más reducido del personal de dichas fuerzas: los componentes del denominado «Grupo Consultivo de Ayuda Militar y Asistencia» de los Estados Unidos en España (M. A. A. G. Spain); en el segundo caso, el fallo del T. S. afecta al restante personal de las fuerzas armadas U. S. A. en España, es decir, al personal no encuadrado en el M. A. A. G. Spain. Esta distinción entre ambas categorías de personal es una constante de los acuerdos celebrados por los Estados Unidos con posterioridad a la segunda guerra mundial, y es importante, porque implica la atribución por parte del Estado local de un doble estatuto para las fuerzas armadas norteamericanas (Vid. Serge LAZAREFF, *Status of Military Forces under current International Law*, Leyden 1972).

Antes de pasar a examinar el problema debatido, consideramos imprescindible transcribir a continuación las consideraciones legales realizadas por el T. S. en la Sentencia de 9 de mayo:

«Cdo. (1.º): Que el necesario principio de la igualdad de los hombres ante la Ley penal sustantiva o adjetiva, esencial en los pueblos cultos, porque su fecunda eficacia, debe obligar a todos sin distinción de clase alguna, y el principio de la territorialidad de la propia Ley, que extiende su eficacia al espacio de su soberanía real o territorio, conociendo y sancionando todos los delitos realizados, tanto por los nacionales como por los extranjeros, dentro del ámbito local, por el «forum delicti commissi», proclamado en los arts. 8 del C. Civ., 323 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 29 del Real-Decreto de Extranjería, de 17 de noviembre 1852, tienen la tradicional excepción, derivada del Derecho Internacional Público, que exige la salvaguarda de las personas extranjeras que actúen oficialmente, en país extraño, por respeto a la soberanía de la Nación a que pertenecen, y misión que desarrollan, como sucede, con el personal diplomático acreditado, en toda su variada gama, a fin de garantizar sus delicadas e importantes funciones, gozando de seguridades, estimándose, por ficción jurídica, que son una prolongación del Estado a que representan, y gozando de inviolabilidad o extraterritorialidad jurídica personal, suponiéndolo ajeno a la potestad criminal de la autoridad ambiente, aunque con privilegio sólo local, sin total inmunidad o irresponsabilidad, pues puede serle exigida la obligación penal en su país al que se remite la competencia para juzgarles, por lo que en definitiva, su no vinculación a la soberanía del Estado en que delinquieron, se produce por el principio personalista de la ligazón humana, como súbdito al país a que pertenece, tal y como deriva de la norma contenida en el art. 334 de la nombrada Ley Orgánica del Poder Judicial.

Cdo. (2.º): Que al margen del privilegio personal de extraterritorialidad otorgado por el art. 334 referido, al personal diplomático

que nomina y a entre ellos, a todos los extranjeros empleados de planta en las legaciones, existen las inmunidades otorgadas por el sistema de alianzas, arrendamientos de bases, asistencia militar y ayuda para la mutua defensa, entre Estados, como nuevas excepciones acaecidas dentro del Derecho Internacional, otorgadas para ampliar la inmunidad penal, que se rigen especialmente por tratados internacionales o convenios bilaterales, que deben estimarse normas paccionadas de imperativa observancia, con arreglo a sus propios literales términos, por suponer la regulación específica de una situación personal vinculante; como sucede, con el Convenio relativo a la ayuda para la mutua defensa entre España y los Estados Unidos de América, de 26 de septiembre de 1953, en cuyo art. 4.º, 1.º, al personal de esta Nación, que actúe en el ejercicio de tal ayuda dentro de España, lo estima parte integrante de su Embajada, bajo la dirección del Jefe de la Misión Diplomática, y además le otorga sin restricción alguna, categóricamente, «pleno estatuto diplomático», por lo que es evidente que gozará, sin limitación posible, que la norma convenida no contiene, de todas las ventajas derivadas de tal estatuto, y entre ellas, la esencial de la inmunidad diplomática en orden a la justicia penal nacional, que concede dicho art. 334 tan citado, con reenvío al Estado acreditante, para que por él sea juzgado por el delito cometido, sin poder hacerse ninguna artificiosa excepción, estimándolo personal asimilado, ya que la referida norma no lo califica así, de manera expresa como fuera menester, ni tampoco de forma implícita, dada la integración efectiva que determina, así como tampoco, restringiendo el privilegio sólo a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo, por no derivar del amplio contenido de la norma de examen, que concede pleno e ilimitado estatuto diplomático.

Cdo. (3.º): Que a la luz de esta doctrina, ha de examinarse, la posición discordante de las partes, en orden a la procedencia de prosperar la declinatoria de jurisdicción propuesta, por el súbdito de los Estados Unidos de América y recurrente, G. D. S., que asegura el derecho a su inmunidad diplomática por el delito de adulterio cometido en España, al gozar de pleno estatuto diplomático, dada su condición personal, y que el auto recurrido le niega, con el apoyo del M.º Fiscal, por estimarlo personal asimilado, a efectos administrativos de la representación diplomática, sin formar parte «de iure» de ella; a cuyo fin ha de precisarse cuál es ciertamente el carácter personal del nombrado, examinando las justificaciones existentes, para luego hacerlo con la legislación aplicable determinando su alcance.

Cdo. (4.º): Que de la documentación existente en las actuaciones reclamadas por esta Sala, dada la complejidad del asunto, conforme a la facultad concedida en el art. 899 de la L. E. Crim., resulta que el recurrente, ostenta una doble condición: de un lado, la de militar al servicio de las fuerzas armadas de los Estados Unidos de

América, como deriva claramente de su carnet de identidad —folio 34—, y de las resoluciones de la Comisión mixta de competencias de 10 de mayo y 31 agosto 1972 —folios 49 y 74—, que resolvió, aplicando el D.-Ley de 23 diciembre 1954, referido exclusivamente a tal personal de las fuerzas armadas de dicho país extranjero, en territorio español y en función de servicio militar, que la competencia correspondía a la jurisdicción española; y de otro, la civil, como miembro del grupo militar consultivo de ayuda y asistencia, dada su condición de Ingeniero, con documento de identidad expedido a su favor, por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Protocolo, en su calidad de miembros del MAAG-Spain, de la Embajada de los Estados Unidos de Madrid —folio 59— con categoría, según el Subsecretario de dicho Ministerio, igual al personal administrativo y técnico de dicha Embajada —folio 62—, y al que en certificado del Auditor Jefe de la Misión Militar de los Estados Unidos en España, se le estima como empleado de plantilla de dicha Embajada, y afecto a ella —documento obrante en el rollo de Sala—; condición civil esta última, en cuanto al servicio prestado, que es la que se necesita valorar para resolver el problema planteado, por si de ella se deriva la inmunidad diplomática penal debatida.

Cod. (5.º): Que la regulación de los derechos y privilegios del personal últimamente citado, está precisada por las normas paccionadas, contenidas en el Convenio de ayuda para la mutua defensa entre España y Estados Unidos de América de 26 septiembre 1953, y muy directa y concretamente reflejada en su art. 4-1, en que se dispone que el Gobierno de España admitirá el personal del Gobierno de los Estados Unidos, que deba cumplir en territorio español las obligaciones adquiridas por el Convenio, que será de nacionalidad norteamericana, y que operará en sus relaciones con el Gobierno de España, como parte de la Embajada de los Estados Unidos de América, bajo la dirección y control del Jefe de la Misión Diplomática, y tendrá el mismo estatuto personal que la categoría correspondiente de la Embajada de los Estados Unidos, y al que al recibirse la notificación pertinente del Gobierno de la nación americana, el español concederá «pleno estatuto diplomático», al número que se acuerde del personal designado en tal norma; y como arreglo a la documentación anteriormente examinada, el recurrente, forma parte de ese personal de ayuda y asistencia, como Ingeniero norteamericano, y se halla entre el personal admitido como tal por el Gobierno español, estando en posesión de los documentos justificativos y adscrito, como personal administrativo o técnico, a tal Embajada, y goza de pleno estatuto diplomático, sin restricción de ninguna clase, tal y como anteriormente quedó justificado en la interpretación realizada del art. 4-1 de tal Convenio, es evidente que, poniendo esta norma en relación con la contenida en el art. 334 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, posee el derecho a la inmunidad diplomática penal, con remisión al Estado

acrecente para ser juzgado por el delito cometido, por tratarse de empleado de planta de la Legación o mejor de personal diplomático con derecho a tal beneficio, que no puede limitarse, como se dijo, haciendo una distinción que tales normas no consienten, y que el informe del M.^o de Asuntos Exteriores de 17 junio 1972, no justifica en absoluto legal o razonadamente como debiera, para distinguir entre personal asimilado y el que no lo es, y entre la comisión de delitos en el ejercicio de la función y los que se hallen fuera de la misma, porque la integración convenida y ordenada es absoluta, y porque al referirse dicha norma a sus relaciones con el Gobierno español, lo hace con carácter extensivo, es decir, para cualquier actividad que efectúen dentro de España, pues de otra manera no se les podía conceder el ilimitado y «pleno estatuto diplomático», dándose en otro caso una contradicción «in adjectu» entre los términos de la norma y su interpretación, al imponerse condiciones que ni expresa ni tácitamente o por su espíritu consiente, como hizo sin razón el auto recurrido; solución a la que también se llegaría, aplicando complementariamente las normas del Convenio de Viena de 18 de abril de 1961 sobre relaciones diplomáticas, ratificado por España el 21 noviembre 1967 y por los Estados Unidos de América el 13 noviembre 1972, según anuncio hecho en el Boletín Oficial por el M.^o de Asuntos Exteriores de 29 marzo 1973, porque aunque esta última ratificación se produjera luego de los hechos acaecidos el 30 de enero 1972, es lo cierto que tiene efectos retroactivos, por referirse a un derecho personal procesal, dada la amplia posición doctrinal, que permite por la misma efectividad del art. 24 del C. P. en interpretación analógica y humanitaria en favor del reo, e «in bonam partem», concederla en lo procesal, en materias que no sean de procedimientos consumados, sino de estatuto personal, pues según tal Convenio de Viena, los miembros del personal administrativo y técnico estimados como personal de la Misión, según el concepto que de ellos proporciona el art. 1.^o-c) y f), gozarán según el art. 37, si son extranjeros, de los privilegios e inmunidades del art. 31, que les otorga la inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor sin eximirle de la jurisdicción del Estado acreditante, por lo que también por esta vía se llega a la misma conclusión, sin poderse admitir nuevamente aquí la artificiosa distinción entre personal asimilado y el que no lo es, pues si se otorga una condición de servicio y una adscripción administrativa o técnica, se produce una identidad en sus consideraciones, derechos y efectos, que no tiene razón alguna que permita otorgar diferente trato, pues a la postre es personal diplomático en atención a normas que pueden otorgar tal carácter, por la voluntad de los Estados contratantes, ya que de otra forma se haría un mero subterfugio interpretativo, que le desposeería del derecho concedido.

Cdo. (6.^o): Que por todo lo expuesto resulta procedente acoger el motivo del recurso de casación, pues ciertamente el auto recu-

rrido, de acuerdo con las normas citadas e infringidas, no concedió efectividad a la declinatoria de jurisdicción alegada, como procedía, otorgando la extraterritorialidad al delito cometido por la condición personal jurídica del recurrente, como personal administrativo o técnico de la Embajada de Estados Unidos de América, con pleno estatuto diplomático, sin que a ello lo perjudique la conexidad necesaria del delito de adulterio del art. 450 del C.P., y su carácter intersubjetivo, porque no determina una «vis atractiva» indispensable, desde el momento que la doctrina de esta Sala admite, que la acción pueda dirigirse contra la adúltera, cuando no pueda por razón suficiente perseguirse al co-reo juntamente con ella, uno de cuyos supuestos es el presente, por tener que éste ser juzgado de acuerdo con la legislación penal del país a que pertenece». (*Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 2224 y Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, p. 490-9).

19. La lectura del texto transcrito nos suscita una serie de consideraciones previas. En primer lugar, que si el Estado local consiente en tiempo de paz la presencia ocasional de fuerzas armadas extranjeras en su territorio, nos encontramos ante un supuesto de simple autorización, mientras si, por el contrario, esta presencia adquiere un carácter más permanente (aunque limitado en el tiempo) el hecho comporta un fenómeno de cooperación internacional en materia de defensa entre dos o más Estados. Por ello, en contra de lo que un amplio sector de la doctrina mantiene en base a la noción de «ocupación pacífica» (CAVARE, CHALUFUR, DEBBASCH y el propio LAZAREFF), o desde la perspectiva de las «cesiones en arriendo de tipo estratégico» (ROUSSEAU y MEFFER), puede afirmarse que no son los poderes del ocupante, ni la atribución de derechos territoriales limitados, el fundamento de las competencias del Estado extranjero, sino el propio acuerdo de cooperación defensivo. Consecuentemente las relaciones entre ambos Estados deben circunscribirse al ámbito de lo pactado.

En segundo lugar, el principio de base apuntado lleva consigo una consecuencia importante: que los actos efectuados por los miembros de las fuerzas armadas extranjeras en el territorio nacional se encuentran sujetos, prima facie, a las leyes y a la jurisdicción de tal territorio. Dicha consecuencia, sin embargo, ha tratado de atenuarse con el concurso de una serie de correctivos, entre los cuales destaca la posibilidad de que las autoridades del Estado de envío sean competentes para sancionar los actos contrarios a la «disciplina interna» de dichas fuerzas armadas. En definitiva, que de acuerdo al Derecho internacional general, las fuerzas armadas extranjeras no gozan de inmunidad de juris-

dicción penal; su atribución dimana exclusivamente del consentimiento del Estado local.

20. Al abordar el problema jurisdiccional, la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 9 de mayo de 1974* suscita algunas reservas, pues establece dos excepciones derivadas del Derecho internacional: una, «tradicional», que afecta al personal diplomático extranjero; y otra «nueva», que es la derivada de «alianzas, arrendamiento de bases, asistencia militar y ayuda para la mutua defensa». Dicha distinción de las inmunidades puede ser válida en principio, pero su acogida lleva consigo el riesgo de olvidar su distinta fundamentación, puesto que las primeras (de origen consuetudinario) descansan hoy sustancialmente en el Convenio de Viena de 1961; mientras que las atribuidas a las «friendly foreign armed forces» se basan en el convenio de cooperación defensiva. Por tanto, es válida la afirmación del T. S. de que tales inmunidades «se rigen especialmente por tratados internacionales o acuerdos bilaterales», que sirve para fundamentar su posterior razonamiento.

En efecto, la cuestión debatida en la Sentencia es la existencia de inmunidad de jurisdicción penal española de un Miembro del M. A. A. G. Spain, y para ello la Sala 2.ª acude al apartado 1.º del art. 4.º del Convenio relativo a la Ayuda para la Mutua Defensa, de 26 de septiembre de 1953, texto que atribuyó a los integrantes de este grupo militar «el mismo estatuto personal que la categoría correspondiente de la Embajada de los Estados Unidos». El sentido y el alcance de este texto convencional no puede ser más claro: con esto se sustraía al personal de este grupo militar de la jurisdicción española en materia penal.

21. El recuerdo de la presente decisión al Convenio de Viena de 1961 a fin de precisar el concepto de «miembro del personal administrativo y técnico» de la Misión diplomática, así como las inmunidades reconocidas a dicho personal nos parece encomiable. No obstante, cabe hacer ciertas precisiones en relación con las consecuencias y con el resultado alcanzado por la Sentencia: A) En ella se alude a una «aplicación complementaria» del Convenio de Viena de 1961, siendo esto discutible, pues del contexto de la decisión se deduce que el recurso a dicho texto internacional debe situarse simplemente dentro del proceso interpretativo del Convenio hispano-norteamericano de 1953. B) de otra parte, se atribuye al Convenio de Viena un efecto retroactivo, lo que a todas luces es innecesario dado que, como se ha dicho, se trata de un problema de «interpretación»; pero es que, además,

de partirse de la concepción de que la norma internacional, una vez recibida en el orden interno, es susceptible de ser aplicada de acuerdo al principio *pro reo*, no debe olvidarse que el art. 28 del Convenio de Viena de 1969 contiene la regla general de «irretroactividad» de los tratados», por lo que tal resultado no habría podido conseguirse.

22. El estatuto de las fuerzas armadas norteamericanas no integradas en el M. A. A. G. Spain, también con relación a la inmunidad de jurisdicción penal es abordado, aunque de modo impreciso, en la *Sent. T. S. (Sala 2.ª) de 25 de marzo de 1974* (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 1451). Se plantea aquí un supuesto de homicidio perpetrado por un nacional norteamericano miembro de las Fuerzas Armadas no integradas en el M. A. A. G. Spain, y si los Tribunales españoles conocen del asunto es por la aplicación del Acuerdo de desarrollo del Capítulo VIII del Convenio de Amistad y Cooperación entre España y los Estados Unidos de América de 6 de agosto de 1970, firmado en Madrid el 25 de septiembre de 1970, al que complementa un acuerdo por Canje de Notas, también de 25 de septiembre de 1970, textos que atribuyen jurisdicción a los tribunales españoles sobre las infracciones cometidas en España y punibles según el Derecho español.

Este sistema introducido en 1970, supuso un evidente avance respecto al régimen aportado por el Acuerdo de procedimiento núm. 16, de 4 de febrero de 1955, relativo a la jurisdicción sobre Miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos (que no fue publicado en el B. O. E.; vid. sin embargo, un extenso contenido del mismo en el comentario de A. GAN JIMÉNEZ, en *Boletín del R. e I. Col. de Abogados de Zaragoza*, núm. 4, 1 de enero de 1962, p. 35), ya que implicó el paso de un sistema de predominio casi absoluto de la jurisdicción de las Fuerzas Armadas norteamericanas, por actos de sus miembros en España, a una ordenación que concede más competencias a la jurisdicción local. No obstante, el sistema de 1970 sigue manteniendo demasiados elementos de la situación anterior. En efecto, el régimen de 1970 debe ser recusado por dos motivos: en primer lugar, por el carácter «secreto» de la normativa de base; en segundo lugar, la sustracción del problema jurisdiccional a los Tribunales ordinarios, para confiarlo a un órgano administrativo, independientemente de las funciones que realice y del carácter de sus componentes.

23. Como indicábamos al principio de este apartado, durante el período objeto de la presente Crónica también se registró

un pronunciamiento del T. S. sobre la base de los Convenios hispano-norteamericanos apuntados y, en particular, sobre materia aduanera. Este es el caso de la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 26 de junio de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. César Contreras Dueñas), que en el segundo de sus Considerandos establece que

«... para el debido enjuiciamiento de los problemas planteados tiene gran interés comenzar por establecer que realizada la aprehensión de los géneros en Madrid y juzgada la infracción que consiste en importación ilegal de la mercancía, no es menester acudir, como en tantos casos sucede, a conjeturas o suposiciones en orden al lugar, fecha, personas y circunstancias concurrentes en la acción de pasar las mercancías la línea fronteriza, pues todo ello es conocido y está probado hasta la saciedad en el caso del recurso: Sucesivas expediciones llegaron al Puerto de Cádiz al amparo de la franquicia derivada de los Convenios Hispano-americanos motivados por las Bases militares; las importaciones, si bien de carácter temporal, no fueron clandestinas, sino documentadas, consistiendo la infracción en que, al amparo de la omisión y ausencia de la más elemental previsión, la mercancía, en lugar de ir a parar al lugar de su destino (las Bases militares), fue distribuida por el territorio nacional, cual si se tratara de una importación no temporal, siendo perfectamente conocidos —y sancionados— los autores de la importación ilegal». (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, núm. 3244 y Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núm. 96).

24. Como se deduce del texto transcrito, se trata de una importación de mercancías que se realiza «al amparo de la franquicia derivada de los Convenios Hispano-americanos motivados por las Bases militares», por el Puerto de Cádiz; estas mercancías posteriormente son desviadas de su destino, las Fuerzas Armadas U. S. A. (y no las «Bases militares», como incorrectamente se afirma en la Sentencia), para pasar a manos de una empresa española. En el presente caso nos encontramos con una importación «documentada» y no con el supuesto más frecuente de las mercancías que de forma clandestina atraviesan al «línea fronteriza»; pero a pesar de ello no se elimina la importación ilegal; pues el titular de la franquicia cede las mercancías a un tercero burlando el pago de los correspondientes derechos.

El texto precisa también que nos encontramos ante una importación «de carácter temporal», aludiéndose en ciertos aspectos precisamente a este régimen en la Sección IV del reciente Acuerdo de Desarrollo del Tratado de Amistad y de Cooperación entre España y los Estados Unidos de América de 24 de enero de 1976 (B. O. E., 6-I-76). Resulta, pues, difícil determinar si éste era o no el régimen en vigor cuando se produjeron los hechos,

es decir, en 1965, por la razón tantas veces puesta de manifiesto en esta Crónica de que los diversos acuerdos complementarios al Convenio de 26 de septiembre de 1953 no fueron publicados en el B. O. E. De ahí que estimemos conveniente acudir a la ayuda de otro texto convencional no publicado en nuestro país (aunque sí en los Estados Unidos) en el intento de aclarar estos extremos; nos referimos al acuerdo por Canje de Notas de 25 de septiembre de 1970. (Cfr. *United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 21, parte 3, 1970, p. 2.403) sobre la continuación de la exención de impuestos y derechos de aduana para las Fuerzas de los Estados Unidos en España. En él se prescribe que en tanto no se concluya un nuevo acuerdo fiscal sigan operando «las disposiciones de carácter fiscal contenidas en los Artículos XV, XIX, XX y XXI del Acuerdo Técnico anejo al Convenio Defensivo de 26 de septiembre de 1953, y en sus Acuerdos de Procedimiento números 5, 8, 9 y 12, así como cualquier otra norma fiscal acordada entre ambos Gobiernos dentro del Convenio Defensivo de 26 de septiembre de 1953, que esté actualmente vigente ...»; de otra parte se acordó que estas normas «...se aplicarán al mismo Personal al que se le viene aplicando hasta la fecha y continuarán vigentes hasta tanto sean concluidos los nuevos acuerdos de carácter fiscal» cuya negociación «se iniciará en un plazo de tiempo razonable». La referencia a «cualquier otra norma fiscal acordada» resulta sorprendente, toda vez que ninguna normativa en la materia apareció en el B. O. E.

25. Y resulta sorprendente porque en aquellos días operaba implícitamente —como hemos señalado reiteradamente a lo largo de nuestras Crónicas— el postulado de la necesaria aplicación del texto íntegro del tratado para la recepción de sus normas en el ordenamiento español, postulado hoy recogido en el art. 1-5.º del C. Civil (vid. en este sentido los recientes análisis de J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *op. cit.*, p. 255 y de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en *Comentarios...*, *loc. cit.*, p. 78 y ss.). Es sabido que la Administración española ha omitido reiteradamente esta exigencia, pudiendo citarse en esta línea algunos convenios pesqueros, o los aquí aludidos; concertados por los Estados Unidos; lo que ocurre es que, en ciertos casos, esta publicación ha sido sustituida por disposiciones internas con rango de ley y, en otras, por disposiciones de rango inferior. El efecto de esta reprochable técnica era evidente: sustraer la aplicación de los tratados a los jueces y tribunales de forma directa. No puede extrañar, pues, que muchas sentencias del T. S. contengan imprecisas referencias al régimen legal existente o se contenten con la alusión, como hace

la presente decisión, a los «Convenios Hispano-americanos motivados por las Bases militares». Esta situación ilustra la profunda quiebra del principio de seguridad jurídica y, como afirma Rodríguez-Zapata, «al ser la publicación —de los tratados— una competencia reglada, la no publicación supone una infracción del ordenamiento jurídico». (Cfr. *op. cit.*, p. 266); puede añadirse que ello entraña inequívocamente la responsabilidad de la Administración del Estado.

V. SITUACIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO EN EL TERRITORIO NACIONAL.

26. Como es bien sabido, partiendo del dato de la inexistencia de normas internacionales que impongan al Estado la admisión de los no nacionales en su territorio, la reglamentación de la extranjería se dirige hacia tres situaciones distintas: 1) La simple entrada del extranjero en el territorio nacional. 2) La residencia permanente de tal extranjero en el mismo. 3) El ejercicio de actividades profesionales por extranjeros, sean éstas asalariadas o no. Precisamente en este ámbito, nos encontramos con dos decisiones que presentan singular importancia: La *Sent. T. C. T. de 13 de noviembre de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique de No Louis) y la *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 7 de octubre de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. José María Cordero Torres). Ambas se refieren al ejercicio de actividades profesionales por súbditos marroquíes en el territorio nacional; la nota diferencial reside únicamente en la incidencia de los tres niveles del establecimiento apuntados.

Así, la *Sent. del T. C. T.* estima la nulidad de un contrato de trabajo concertado entre un extranjero y una empresa española en base a que el trabajador no tenía la documentación exigida por la reglamentación española para la entrada de los extranjeros en nuestro territorio (problemática que se sitúa en el primer nivel); a pesar de que la Magistratura de Trabajo había declarado improcedente el despido del actor, el T. C. T. se inclina a favor de la empresa en base a que

Cdo. (2.º): «... si el actor extranjero y súbdito Marroquí, carece de pasaporte, entró clandestinamente en el territorio Nacional, y como consecuencia de tal circunstancia no tiene tampoco la debida autorización para permanecer en España ni como turista, ni como residente y menos aún como trabajador, careciendo consecuentemente también del oportuno refrendo al efecto de las autoridades tanto Gubernativas como laborales, es visto que tales hechos son

todos ellos contrarios a la Ley, no sólo por lo que se refiere al art. 4 del D. de 14 febrero 1974, sino también con todas las demás disposiciones de dicho cuerpo legal, contenidas en el capítulo III del mismo, al carecer de autorización para poder permanecer en la Nación ni como turista o viajero, ni como residente, ni como trabajador, y siendo esto así, resulta que tales ilegales circunstancias no pueden ser amparadoras de las pretensiones del demandante, ya que tanto en relación con la norma vigente al entrar por primera vez en España —art. 4 del C. civ.— como con la que en vigor ya se encontraba en el momento de proceder a la demanda —art. 6-3.º del Título Preliminar de dicho Código, según redacción dada al mismo por D. de 31 de mayo 1974— la calificación que les corresponde es la de nulos de pleno derecho, y consecuentemente también alcanza tal declaración al presunto contrato de trabajo a virtud de lo que se dispone en el art. 9 de la L. C. T., en relación con el 10 de la misma, ya que en forma alguna puede admitirse tal convención que ha de regirse precisamente conforme a las Leyes y Decretos referidos, siendo por otra parte el caso contemplado en los presentes autos diferente al resuelto por las Sentencias citadas en la de instancia porque una cosa es la inmigración ilegal y otra muy diversa el simple hecho de carecer de la tarjeta o autorización administrativa para trabajar en España, y siendo esto así procede la estimación del motivo y con él del recurso...» (Aranzadi, *Rep. Jurisp. T. C. T.*, 1974, núm. 4713 y Nota de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núms. 97-8).

La decisión del T. S. se inclina, por su parte, hacia una orientación similar, si bien tiene el mérito de poner de relieve la interrelación de los tres niveles apuntados. En efecto, ahora se entrecruzan los conceptos de «permiso de residencia» (segundo nivel) y el de «carta de identidad profesional» (tercer nivel), por lo que el Alto Tribunal se ocupa en el primero de sus Considerandos de efectuar la necesaria delimitación; así pues, afirma que

«... precisa recordar que la súplica de la demanda se dirige directamente a conseguir la revocación de la Orden impugnada de 29 julio 1968, y la que confirmó de la Dir. Gral. homónima de 8 marzo anterior, denegatoria de la concesión de la pedida «carta de identidad profesional» a fin de que se otorgue ésta; ello sin perjuicio de que en el cuerpo de la demanda se prevea que pueda ser procedente conceder «la revocación» de una supuesta autorización profesional, entremezclándose reiteradamente dos conceptos diferentes: el permiso de residencia de todo extranjero en territorio nacional —exigencia mantenida continuamente desde el D. de 17 noviembre 1852—, con la autorización de ejercicio por aquéllos de una actividad profesional, en el caso de autos, la de comerciante; quizá por una dilatada y subjetiva interpretación del art. 3 del D. de 29 agosto 1935, olvidando que éste, al reputar a la carta de identidad profesional

como «título de legítima residencia» en España, ni la supuso, ni podría suprimir la exigencia de los arts. 9, 11, 12 y 19 del citado Decreto de 1852, aplicable en el caso de autos por imperativos de vigencia cronológica, dadas las fechas de iniciación y decisión del expediente de origen de la litis; y olvidando que la especial situación fronteriza del Municipio de Melilla, añade a la residencia y al acceso de los extranjeros en el mismo, nuevas exigencias derivadas del art. 14 de la O. de 5 enero 1957, reafirmada más tarde en la 4.^a Disposición transitoria del D. de 27 julio 1968, sustitutivo del tan invocado de 29 agosto 1935, y que aunque de vigencia posterior al acto impugnado no es posible desconocer; tanto por el alcance continuado de la «Carta» que se solicitó, como porque la mayoría de sus preceptos reafirma —pero con mayor precisión jurídica— los supuestos previstos y regulados en el precedente texto de 1935 ya inaplicable en el período en que tiene lugar la revisión jurisdiccional; ello aparte de la insoslayable incidencia de la L. de 20 de junio 1968, anterior al acto cuya revisión jurisdiccional se efectúa ahora».

27. Tal argumentación pone de manifiesto la discrecionalidad de la administración española en la materia, puesta de manifiesto en la regulación de los tres niveles apuntados. A esto debe añadirse la «especial situación fronteriza del Municipio de Melilla», sobre la que el T. S. se ha pronunciado en otras ocasiones (*Sent. T. S. (Sala 4.^a) de 5 de mayo de 1965* y *Nota de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en R. E. D. I.*, vol. XX, 1967, pp. 478-86), y que es uno de los aspectos decisivos del razonamiento del tribunal y de la solución altamente regresiva alcanzada; para ello se introducen nuevos elementos en las consideraciones legales

«Cdo. (2.^a): Que por otra parte, el demandante confunde o silencia el radical cambio que en la condición y circunstancias de los extranjeros incluidos los marroquíes en Melilla, ha operado un acto jurídico, anterior a su solicitud inicial de 1967, como es la independencia de Marruecos formalizada por la Declaración de 7 abril 1936, en cuanto a la llamada zona Norte, Jalifiana o de Protectorado Español; pues anteriormente las relaciones jurídicas de sus naturales en Melilla como en cualquier otro Municipio español quedaban alcanzadas por los arts. 1 y 22 del Tratado de 27 noviembre 1912, y por el Dahir de 1 julio 1914; mientras que luego en la variada y larga serie de Tratados entre los dos Estados —España y Marruecos— falta uno general y específico de establecimiento recíproco de sus naturales, que abarque los diversos actos que puedan desarrollar en el otro país, una vez autorizada su residencia; en contraste con las estipulaciones singularizadas que se refieren a ciertas actividades —asistencia técnica, enseñanza, pesca— que pese a su carácter pacificado han sido en su mayoría virtualmente revocadas o vulneradas por disposiciones de Marruecos, como el llamado «Dahir de

Marroquinización» de 2 marzo 1973, que vulnerando el punto X del Tratado de 7 julio 1957, ha afectado directamente a los comerciantes españoles establecidos legalmente en Marruecos; por lo que prescindiendo de si la reciprocidad constituye fuente de Derecho internacional como incluíble en el ap. c) del art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de La Haya —que reproduce el correspondiente del Tribunal Permanente de Justicia Internacional— es lo cierto que se recoge en el art. 11 del Decreto de 1935 y que la invocación de reconocimientos aislados por centros oficiales españoles incompetentes para otorgar la autorización de residencia —como las Cámaras de Comercio— para ciertos actos, en períodos anteriores a 1967 y sin precisar la continuidad cronológica de su contenido, sólo acredita, aparte de la lamentable falta de coordinación en la marcha de las dependencias de los distintos ramos administrativos o comerciales, un status radicalmente cambiado desde 1956 y que no puede prolongar efecto alguno —con el alcance postulado por el demandante— después de dicho año.

Cdo. (3.º): Que complementariamente hay que señalar, que aún dando validez a la llamada certificación de la Comisaría de Policía de 17 octubre 1951, ésta sólo señala una residencia temporal autorizada por la Delegación de Asuntos indígenas de la desaparecida Alta Comisaría y no permite la extensiva y más que hipotética gratuita alegación de ser aplicable la llamada «exención» del párrafo final del art. 9 del Decreto de 1935, que se contradice con los actos propios del demandante al pedir la concesión de la Tarjeta; que de admitir el precedente alegato hubiera sido inútil, ello aparte de que el abono de diversas licencias fiscales por ejercicio de comercio —en varios géneros y calidades— sin que conste la precedente autorización de residencia, demuestra la irregular y en su caso disciplinariamente ponderable actitud de la Delegación de Melilla, pero no dota a ésta de facultades ajenas a su ámbito puramente tributario ni surte los efectos supletivos pretendidos, conforme a los arts. 20, 23, 26, 28 y 30 de la L. de 26 julio 1957, y 4 y 8 de la de 17 julio 1958, ahora el art. 2 del D. 1 marzo 1972.

Cdo. (4.º): Que por otra parte, y sin acudir a las tajantes disposiciones del D. de 27 julio 1968 —arts. 4 a 10— ni a las superiores en rango de la L. de 20 junio 1968, basada en el D. de 12 noviembre 1959, —ni recordar— el régimen de atribuciones de la O. de 29 enero 1968, dentro de la norma aplicada —D. de 29 agosto 1935— se encuentran inequívocos preceptos que justifican el acierto jurídico de la decisión denegatoria impugnada —arts. 4 y 5 en relación con el 7— por el exceso invasor de actividades comerciales, similares a la pretendida, con el subsiguiente perjuicio para el trabajo y el comercio nacionales que las atienden; de suerte que conforme reconocen los centros más directamente conocedores e interesados en el problema y coincidiendo con lo decidido por la autoridad ministerial procede desestimar el recurso, en cuya tra-

mitación no se ha producido indefensión ni ningún otro quebrantamiento sustancial y se ha respetado la congruencia procesal, confirmar la validez en derecho del acto impugnado y del que mantuvo, y absolver a la Administración de la demanda, sin imposición de costas a los efectos del art. 131 de la Ley jurisdiccional; y sin que dadas las circunstancias del caso de autos, quepa parangonarlo con precedente invocable de sentencia anterior alguna». (Aranzadi, *Rep. Jurisp.*, 1974, núm. 3768 y Nota de J. C. FERNÁNDEZ ROSAS, *cit.*).

El texto transcrito presenta interés por introducir el principio de reciprocidad con autonomía propia dentro del régimen de extranjería español; desgraciadamente la utilización de éste por parte del T. S. ha sido negativa, ya que en su virtud fundamenta unas auténticas medidas de retorsión: la denegación al recurrente de la tarjeta de identidad profesional, en base a que el «Dahir de Marroquinización» de 2 de marzo de 1973 había afectado directamente a los comerciantes españoles en Marruecos. Esta problemática ha sido abordada por M. VIRALLY (*R. de C.*, t. 122—1967-III—, pp. 1 y ss.) quien ha señalado el aspecto «negativo» en lo concerniente a la «ejecución del Derecho internacional», puesto que la retorsión implica un paralelismo de comportamiento por parte del Estado afectado con la finalidad de «castigar las violaciones del Derecho internacional».

28. Una importancia no menor registra, por su parte, la inclusión de un *obiter dictum* sobre el eventual carácter de la reciprocidad como «fuente del Derecho internacional» incluíble en el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. El tema, que ha sido objeto de tratamiento por la doctrina en los últimos años, se ha examinado por el T. S. desde una posición que suscita ciertas reservas: a) Resulta dificultosa la admisión de un concepto unívoco de «fuentes» en el Ordenamiento internacional; b) Es discutible el alcance que se concede al art. 38, 1 c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (Cfr. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso... cit.*, vol. I, Oviedo 1975, pp. 64 y ss.).

VI. DERECHO DEL MAR.

29. Durante el año 1974 nuestros Tribunales han abordado en dos ocasiones la problemática relativa a la delimitación interior del mar territorial español, en función del concepto adminis-

trativo interno de «zona marítimo-terrestre». En ambos casos se observa una cierta confusión legislativa y jurisprudencial internas, debido a una defectuosa recepción en nuestro Ordenamiento de las normas internacionales en la materia (en especial el Convenio de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua) hasta momentos muy recientes. Ya se planteó dicha confusión en la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 5 de julio de 1973*, ante la necesidad de delimitar conceptual y espacialmente el mar territorial respecto de la zona marítimo-terrestre, tomando como base las disposiciones reguladoras de la Ley de Puertos y la Ley de Costas (Cfr. la Nota a esta *Sent.* de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 172-6). En este caso nuestro Tribunal Supremo, refiriéndose al mar territorial con expresiones tan imprecisas como «aguas jurisdiccionales» o «mar litoral o costero», lo definió como aquello «que ciñe las costas o fronteras de los dominios de España en toda la anchura determinada por las normas internacionales»; este concepto no coincide ni con la Ley de Puertos de 1928 ni con la Ley de Costas de 1969, ya que el mar territorial no es «contiguo» al territorio, sino adyacente a las costas y a las aguas interiores y, de otro lado, de acuerdo con el Convenio de Ginebra de 1958, la soberanía de España sobre el mar territorial se extiende a la columna de agua, lecho, subsuelo y espacio aéreo suprayacente.

Por último, en cuanto al límite interior del mar territorial español, el Tribunal Supremo lo identificó en la *Sent.* indicada con el «fin de la zona marítimo-terrestre». Sin embargo, esta afirmación no es totalmente correcta: sólo lo será en aquellos casos en que la división entre el fin de la zona marítimo-terrestre y el límite interior del mar territorial se lleve a cabo a través de la línea de bajamar, supuesto contemplado tanto en nuestro Derecho interno (Ley de Puertos y Ley de Costas) como en el art. 3 del Convenio de Ginebra citado, en donde se considera tal línea como la «normal». Por el contrario, no coincidirán ambas zonas en los supuestos de separación por el procedimiento de las líneas de base rectas señalado en los arts. 4-13 del mismo Convenio de Ginebra como segundo modo posible de trazar el límite interior del mar territorial, siendo *aguas interiores* las comprendidas entre este trazado de líneas rectas y la costa. La confusión de nuestro más Alto Tribunal se originó, pues, al no prever ni la Ley de Puertos ni la Ley de Costas los supuestos de separación a partir de las líneas de base rectas. Como veremos a continuación, este sistema no se incorporó en el Derecho español hasta la Ley de 8 de abril de 1967, que lo enuncia por primera vez.

30. En semejantes errores incurre la *Sent. de la Aud. Prov. de Lugo de 11 de mayo de 1974* (Ponente: D. José-Félix Fernández Badía) cuando afirma:

«Cdo. (1.º): Que con arreglo a las normas internacionales, Convención de Ginebra de 1958, la línea a partir de la cual se mide el mar territorial es la *línea de bajamar*, nunca la pleamar, por lo que es indudable que la zona marítimo-terrestre no es el mar propiamente dicho, sino una zona de tierra que el mar invade con la regularidad de su flujo, pues la línea litoral que es la que define la línea del mar es la de bajamar...» (*Sentencias en Apelación*, primer trimestre 1974, Lugo, núm. 320 —civil— y Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 499-502. La cursiva es nuestra).

El mayor acierto del juzgador en esta Sentencia es el de internacionalizar el problema de la delimitación interior del mar territorial, dando así acogida al Convenio de Ginebra de 1958, pero sólo en una de las dos posibilidades que ofrece tal Convenio: a partir de la línea de bajamar, acorde con nuestro Derecho ya tradicional. Sin embargo, no da cabida a la segunda posibilidad del Convenio, esto es, al trazado de líneas de base rectas, incorporado en el Derecho español incluso antes que el propio Convenio, por la Ley de 8 de abril de 1967 (que extiende a 12 millas la zona de pesca española) y el Decreto de 26 de diciembre de 1968 (que también extiende a 12 millas la jurisdicción española a efectos fiscales); ambas normas se aplican igualmente al mar territorial y ya mencionan —aunque no lo desarrollan— el trazado de líneas de base rectas como límite interior del mar territorial.

31. Finalmente, la *Sent. T. S. (Sala 3.ª) de 14 de junio de 1974* (Ponente: Excmo. Sr. D. Isidro Pérez Frade) arroja una mayor claridad a la distinción entre mar territorial y zona marítimo-terrestre cuando dice:

«Cdo. (3.º): Que ... puesto que el mar es lo que ciñe las costas o fronteras de los dominios de España en toda la anchura determinada por las normas internacionales, mientras que la zona marítimo-terrestre ha de ser administrativamente delimitada, pues ella no es propiamente el mar, sino una zona de tierra que aquél invade con la regularidad de su flujo y reflujo que es la baja mar...» (Aranzadi, *Rep. Jurisp.*, 1974, núm. 2837 y Nota de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núm. 99).

No obstante, continúa la imprecisión jurisprudencial a la hora de referirse al mar territorial español y su límite interior.

Pero, desde una perspectiva actual, la situación cambia al operarse una concreción legislativa a través de la Ley de 4 de enero de 1977 sobre Mar Territorial (*B. O. E.* del 8 de enero) que define, por primera vez en nuestro Derecho, el mar territorial español, terminando con la confusión jurisprudencial y legislativas anteriores, y homologándolo con las normas del Derecho internacional. De otro lado, el anuncio de las líneas de base rectas realizado por la Ley de 8 de abril de 1967 y el Decreto de 26 de diciembre de 1968, logra su fijación definitiva en el Decreto de 5 marzo de 1976 que traza las referidas líneas, continuando su vigencia tras la Ley de 4 de enero de 1977.

De otra parte, la zona marítimo-terrestre se delimita fácilmente respecto del mar territorial, puesto que aquélla termina normalmente en la línea de bajamar escorada, es decir, donde comienza a medirse la anchura del mar territorial, conforme al art. 2 de Ley de 4 de enero de 1977. En cambio, en los sectores de la costa española en los que las líneas de base para medir la anchura del mar territorial sean rectas (conforme al Decreto de 5 de marzo de 1976), el límite exterior de la zona marítimo-terrestre no coincidirá con el límite interior del mar territorial, por lo que lleva razón la *Sent. T. S. de 14 de junio de 1974* al decir que habrá de ser delimitada por vía administrativa. Ello es lógico, pues la «zona marítimo-terrestre» no es un espacio marítimo de Derecho internacional, sino un concepto administrativo interno español.

VII. DERECHOS HUMANOS.

32. En el periodo de 1974 se ha presentado nuevamente el problema de la recepción del ordenamiento jurídico internacional en el Derecho interno español, tema poco estudiado por nuestra Doctrina y siempre observado con cierto recelo (cuando no resuelto con imprecisiones) por nuestros Tribunales, máxime si se trata de la introducción de la normativa internacional sobre derechos humanos, abiertamente enfrentada con las peculiaridades de nuestro sistema jurídico en 1974. Un buen ejemplo lo tenemos en la *Sent. del T. S. (Sala 3.ª) de 18 de diciembre de 1974* (Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal y Allende), que, en torno al principio de la audiencia del interesado como garantía procesal en la administración de justicia, razona en estos términos:

«Cdo. (4.º): Que la audiencia del interesado, calificada ... como trámite esencialísimo e incluso «sagrado» por acatamiento a la máxima evangélica en virtud de la cual nadie puede ser condenado sin ser oído, ... garantía de ámbito universal incorporada al art. 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre aprobada en 1948 por las Naciones Unidas y acogida plenamente, a través de sus distintas manifestaciones, en el ordenamiento jurídico español, que impone su observancia en el Procedimiento Administrativo ... si bien para que este requisito ... no se convierta en mero formalismo ha de ofrecer una utilidad que, desde una primera perspectiva, se opone a la redundancia y, en consecuencia, permite su omisión 'cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado', mientras que —por otra parte— tal utilidad se refleja en el resultando de su eventual inexistencia, que sólo implicará la anulabilidad del acto administrativo si produjo la indefensión de los afectados...». (Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1974, núm. 4968 y Nota de Carlos VILLAN DURÁN en *R. E. D. I.*, vol. XXX, 1977, núm. 100).

33. La referencia de nuestro Tribunal Supremo a la garantía jurisdiccional de que «nadie puede ser condenado sin ser oído», no deja de ser una afirmación ambigua, puesto que el Derecho internacional de la persona humana es mucho más preciso. De una parte, en el ámbito universal, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de N. U. consagra el derecho de toda persona, tanto si es demandante como demandada, «... a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...». Asimismo, el art. 11 de la Declaración proclama los principios de presunción de inocencia del procesado y de irretroactividad de la ley penal, reafirmados por la A. G. de las N. U. en su Resolución 2.858 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971 titulada «los derechos humanos en la administración de justicia».

De otra parte, ambos artículos de la Declaración se complementan con los arts. 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (en vigor desde el 23 de marzo de 1976), que enumeran toda una serie de garantías que deben ser observadas en los distintos momentos del proceso en orden a facilitar la defensa del procesado: Defensor e intérprete de oficio gratuitos si fuese preciso, disponer del tiempo necesario para preparar su defensa compatible con un juicio rápido, interrogatorio de los testigos de cargo y de descargo en las mismas condiciones, derecho de apelación, principio *non bis in idem*, derecho a indemnización en el caso de sentencia condenatoria firme ulteriormente revocada, etc.

Finalmente, en el ámbito regional europeo, estas disposiciones tienen su paralelo en los arts. 6 y 7 de la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) que abarca a los Estados miembros del Consejo de Europa. Aunque el sistema implantado no es perfecto, pone en marcha, sin embargo, un mecanismo jurisdiccional y un instrumento procesal internacional que sanciona las violaciones de los derechos humanos al alcance del ciudadano europeo, individualmente considerado.

34. Por lo que se refiere al Derecho positivo español, dista mucho de introducir todas las garantías jurisdiccionales arriba descritas. En el caso concreto de la «audiencia del interesado», es un principio general del Derecho recogido formalmente en el art. 19 del Fuero de los Españoles y, desde un punto de vista *administrativo*, lo regulan los arts. 83, 91 y 117 de la L. P. A., constituyendo la omisión de este trámite una infracción de una norma de procedimiento de inexcusable cumplimiento y, según jurisprudencia reiterada, produce la invalidación de todo lo actuado con posterioridad al momento en que se cometió la omisión, pero sólo si la consecuencia de tal omisión fue la indefensión del interesado. Quiebra, sin embargo, este principio, en materia de sanciones gubernativas de orden público en las que, basándose en razones de «ejemplaridad», «hecho patente» y «urgencia», nuestro Tribunal Supremo justifica la falta de previa audiencia del interesado en estos casos, apoyándose en el Decreto de 10 de octubre de 1958 (posterior a la L. P. R.) que aprueba el estatuto de los Gobernadores Civiles; paradójicamente, este Decreto deroga la L. P. A. (de rango superior) cuando ésta, a pesar de reconocer la existencia de procedimientos especiales, proclama, no obstante, que las normas esenciales de garantía del interesado se aplicarán en todo caso, y es indudable que una de ellas es la previa audiencia del interesado (*Vid.* un estudio exhaustivo sobre este tema en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid 1973, pp. 225-78 y 315-38).

Desde la perspectiva del *Derecho Procesal* las garantías del interesado son mayores, ya sea en L. E. Civil (juicios en rebeldía, arts. 762 y ss.), ya en la L. E. Criminal (art. 840: la rebeldía paraliza el proceso). Es de señalar, sin embargo, una importante excepción —aparte de la contenida en la jurisdicción especial del recientemente desaparecido Tribunal de Orden Público— en materia de delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción, pues el art. 791, regla 8.^a pfo. 2.^o de la L. E. Criminal esta-

blece, para estos casos, que no se suspenderá la celebración del juicio ante la ausencia injustificada del acusado, siempre que conste el habersele citado personalmente.

Por último, desde el ángulo del *Derecho Penal*, al no estar expresamente prevista la infracción del principio de la audiencia del interesado entre las garantías jurisdiccionales de los arts. 178-183 y 199 del C. Penal, habrá que insertar esta garantía en el art. 194 del mismo cuerpo legal, que contiene una cláusula general programática y subsidiaria de toda la sección 2.^a del Capítulo II del C. Penal, y que determina la pena de inhabilitación especial para la autoridad o funcionario público «...que impidiese a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las Leyes». La vaguedad de la norma, lo exiguo de la pena y la prácticamente nula aplicación del precepto, lo han convertido en un simple principio de Derecho, inspirador de la legislación y sin capacidad protectora (*Vid.* un comentario de este artículo en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Madrid 1975, pp. 45-60).

35. Del análisis precedente se desprende la abierta contradicción existente entre la normativa internacional y nuestro Derecho positivo en cuanto a la protección del principio de la audiencia del interesado como un elemento de garantía jurisdiccional invocado en la Sentencia del T. S. que comentamos. Por un obvio imperativo político nuestro país ha estado apartado de las normas convencionales internacionales en materia de derechos humanos (Pactos de N. U. y Convenio Europeo), por lo que sólo serían directamente aplicables en España los Arts. 10 y 11 de la Declaración Universal, al pertenecer al Derecho internacional general (Cfr. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, vol. I, Oviedo 1975, p. 98). No obstante, también esto es discutible, ya que la jurisprudencia del T. S. ante la ausencia de normas que lo regulen expresamente, se ha mostrado siempre contraria a la aplicación directa en España de las normas de Derecho internacional general, ya sean procedentes de actos emanados de organizaciones internacionales (como es el caso de la Declaración Universal: Cfr. L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, en el *Curso cit.* de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, p. 235), ya del Derecho internacional consuetudinario; así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de inmunidad de jurisdicción, en la Sent. del T. S. (Sala 2.^a) de 5 de enero de 1965 (*Vid.* las *Notas* a esta Sentencia de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en *R. E. D. I.*, vol. XIX, 1966, pp. 550-8, y de E. PECOURT GARCÍA en *R. de D. Español y Americano*, vol. X, 1965, pp. 196 y ss.).

Finalmente, en el momento actual asistimos a un proceso de «reforma» política (que arranca de la Ley para la Reforma Política), que ha significado un giro importante en las directrices políticas de nuestro país, con las consiguientes repercusiones en el ámbito de los derechos humanos. Efectivamente, el art. 1.º de dicha Ley, al reconocer que «los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado», ha posibilitado la firma y posterior ratificación de los dos Pactos de N. U. sobre derechos humanos el pasado 20 de abril (*B. O. E.* del 30 de abril de 1977), por lo que entrarán en vigor para España a partir del mes de julio, es decir, tres meses después de depositado el instrumento de ratificación. Igualmente, se han ratificado los Convenios núms. 87 y 98 de la O. I. T. sobre la libertad sindical (*B. O. E.* del 11 y 10 de mayo respectivamente). La consolidación de este proceso de democratización política, el acceso al Consejo de Europa y un auténtico respeto de los derechos humanos en todas sus dimensiones, dependerá en gran medida de los resultados de las inmediatas elecciones parlamentarias, a celebrar el 15 de junio, y que deberían posibilitar la instauración de un proceso constituyente para la elaboración de una constitución democrática.

PRACTICA ESPAÑOLA EN MATERIA
DE DERECHO INTERNACIONAL

