

Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de Derecho internacional público*

Dorothy ESTRADA TANCK [Universidad de Murcia]

Irene VÁZQUEZ SERRANO [Universidad de Murcia]

I. JURISDICCIÓN UNIVERSAL. EL TRIBUNAL SUPREMO RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ASUNTO *DE LOS JESUITAS ESPAÑOLES EN EL SALVADOR*

Mientras que en algunos Estados continúan ejerciendo el principio de jurisdicción universal contra los crímenes internacionales más graves (éste ha sido el caso de la Segunda Sala de la Corte Penal Federal en Buenos Aires, Argentina, al admitir el pasado 26 de noviembre de 2021 una querrela contra el ejército de Myanmar por los presuntos crímenes de genocidio y de lesa humanidad cometidos contra los Rohingya; o Koblenz, en Alemania, donde se condenó a un ex miembro de la policía secreta siria y mantiene asuntos pendientes por los presuntos crímenes cometidos en el Estado sirio; o los Países Bajos o Suecia, que tiene hasta cinco asuntos en curso contra Siria, Irak e Irán) en España, cada vez ha sido más difícil el ejercicio de la jurisdicción universal debido a la aprobación de la *Ley Orgánica 1/2014, de 13 marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial relativa a la justicia Universal* (BOE núm. 6, de 14 de marzo de 2014) y, más tarde, la publicación de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019), por la que se declaraba la constitucionalidad de la jurisdicción universal española recogida en la *Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio del Poder Judicial* (LOPJ), tras la modificación llevada a cabo en 2014, un modelo restrictivo basado en el cumplimiento de diversos nexos de conexión para cada uno de los crímenes establecidos en los artículos 23.3 y 23.4 de la LOPJ. De hecho, desde entonces, ningún asunto nuevo ha llegado a la jurisdicción española a través del ejercicio de la jurisdicción universal, a excepción del co-

* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales adoptadas desde el 1 de enero de 2021 al 31 de diciembre de 2021.

nocido asunto *de los Jesuitas españoles en El Salvador* que, si bien el pasado 11 de septiembre de 2020 la Audiencia Nacional española juzgaba y condenaba el asesinato de los cinco Jesuitas españoles en El Salvador, el pasado 28 de enero de 2021, nuestro Tribunal Supremo (TS) conocía del recurso de casación interpuesto y lo desestimaba

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Penal, Sección Primera, núm. 64/2021)
de 28 de enero de 2021**

Recurso de casación 10613/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet*

El TS resuelve el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por Doroteo, el acusado y condenado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN), mediante sentencia de 11 de septiembre de 2020, como autor de cinco delitos de asesinato de carácter terrorista a veintiséis años, ocho meses y un día de reclusión mayor por cada uno de ellos con el límite de cumplimiento de condena que no podrá exceder de treinta años e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

El acusado presentó entonces un recurso de casación ante el TS por infracción de ley e infracción de precepto constitucional basado en los motivos que se describirán a continuación y que, tras la inadmisión y subsidiaria impugnación, han sido resueltos por el TS.

En primer lugar, señala el recurso, la sentencia infringe el derecho de presunción de inocencia previsto en el art. 24 de la *Constitución Española* (CE) pues la sentencia recurrida consideró que eran suficientes las pruebas que se practicaron durante el juicio oral, con «interferencias de manera manifiestamente ilógica e irrazonable», basando su valoración fundamentalmente en la declaración de Simón y no cumpliendo con los requisitos para considerarla suficiente y debilitar así la presunción de inocencia. Además, tampoco contó con pruebas acusatorias bastantes, pues los distintos informes periciales se basaron en copias de documentos transcritos a mano en el que se recoge el contenido de dos reuniones que son copias y en los que la autenticidad o caligrafía no ha sido probada por prueba caligráfica.

El TS recuerda al recurrente, como ya hiciera en otras sentencias (1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007 de 26 de septiembre; y 52/2008 de 5 de febrero), que cuando la queja versa sobre la valoración de la prueba por el tribunal y se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia,

el control casacional «no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia» (STS 1125/2001, de 12 de julio). Para ello, el control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, debe verificar si la prueba de cargo con base en la que el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria se obtuvo con el debido respeto a las garantías inherentes del proceso debido, realizando un análisis de los siguientes aspectos: (i) El «juicio sobre la prueba»: si existió prueba de cargo. (ii) El «juicio sobre la suficiencia»: si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. (iii) «El juicio sobre la motivación y su razonabilidad»: si el Tribunal cumplió con el deber de motivación; esto es, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En definitiva, debe el tribunal comprobar las siguientes cuestiones: 1. Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real). 2. Si estas pruebas son de contenido incriminatorio. 3. Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral. 4. Si ha sido practicada con regularidad procesal. 5. Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y 6. Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Así, tras un minucioso, sistemático, desglosado y extenso análisis de la prueba practicada por la AN, el TS concluye que se ha llevado a cabo un proceso «con medios de prueba válidos y con explicaciones del Tribunal coherentes a la hora de reflejar la validez de la declaración del Sr. Simón y los sucesivos testigos que han declarado acerca de la ideación del Alto mando sobre la orden de ejecutar a los asesinados». El TS desestima, por lo tanto, el motivo basándose en «la construcción probatoria del tribunal en torno a la mínima y exigente motivación acerca del proceso de inferencia que le llega a concluir la redacción de los hechos probados, tal y como se han reflejado en la sentencia

recurrida, siendo válido el recurso a las máximas de la experiencia y la conclusividad a la que llega el Tribunal con el juicio de inferencia que se desprende del análisis de los concurrentes y plurales indicios que han sido debidamente explicados y que nos lleva a admitir el extenso y detallado razonamiento del tribunal acerca de la validación de la prueba indiciaria en este caso para sostener la condena» (FJ 2º). Revisión en la casación que lleva a cabo el TS, de acuerdo con la modificación establecida por la Ley 41/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que tendremos la oportunidad de revisar más adelante (*vid. infra* epígrafe IV).

En segundo lugar, se infringe el art. 24 CE en relación también a la tutela judicial efectiva al no haberse aplicado de forma correcta el art. 3 de la *Ley sobre el Registro Civil* de 1957 que señala que «no podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente», pues qué interés legítimo (ninguno, apunta el recurrente) puede tener en la nacionalidad de otras personas el acusado, tal y como se desprende de los arts. 92, 93 y 97 de la misma ley. Esta vulneración la relacionada, a su vez, el recurrente con la infracción del derecho a la presunción de inocencia al no aplicar la AN el principio *in dubio pro reo* (motivo formalizado también al amparo del art. 852 LECrim). Así, de acuerdo con el recurrente, no puede descartarse que las víctimas hubieran adquirido la nacionalidad de El Salvador perdiendo, *de facto*, la nacionalidad española pues, señala la Constitución salvadoreña que las personas que se naturalizan renuncian expresamente a cualquier otra nacionalidad. Y, de este modo, las víctimas españolas no tendrían la nacionalidad española y, por lo tanto, estarían sujetas a las leyes de El Salvador, de forma que la jurisdicción española no sería competente para enjuiciar los hechos ocurridos de acuerdo con la redacción de la LOPJ.

Sin embargo, señala el TS que el art. 23.4 e) 4º LOPJ, de acuerdo con la LO 1/2014, de 13 de marzo, otorga competencia a la jurisdicción española, en el orden penal para conocer de los delitos de terrorismo, si la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, como señaló en su FJ 1º, de acuerdo con el principio de personalidad pasiva (que otorga la jurisdicción a un Estado para enjuiciar los actos que se cometan contra sus nacionales en el extranjero «especialmente si no son objeto de protección judicial en el Estado en el que han sido víctimas del delito»).

De forma que, a pesar de que el recurrente platee la falta de jurisdicción por carecer las víctimas de nacionalidad española, lo cierto es que en el Tomo XIV de las actuaciones consta la nacionalidad española de los mismos. E, incluso, en el acta de defunción emitida por el Registro Civil de El Salva-

dor, consta la nacionalidad española. Pero, además, el artículo 2 de la *Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil* dispone que «El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar el asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento». Y añade el art. 3: «No podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente».

Podemos, por lo tanto, deducir la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar los hechos en el presente asunto y así lo confirma el TS en su auto de 20 de abril de 2015 dado que «alguna de las víctimas tenía nacionalidad española, además de la salvadoreña, en el momento de los hechos».

Además, de acuerdo con el art. 23.5 LOPJ en la redacción dada por la LO 1/2014, la competencia para realizar un «juicio de ponderación similar al que realizaría la Corte Penal Internacional la tiene la Sala de lo Penal del TS, siempre y cuando se trate de uno de los delitos del art. 23.4 LOPJ que haya sido cometido fuera del territorio nacional por españoles o extranjeros, aplicándose el principio de subsidiariedad, de forma que «se excluye la competencia de los Tribunales españoles cuando ya se hubiera iniciado, respecto a los hechos en cuestión, un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional, en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que, en estos últimos casos, se cumplan las condiciones establecidas» (FJ 5º). Ahora bien, en el caso de que el Estado donde se han cometido los hechos no esté dispuesto o no pueda hacerlo, serán los tribunales españoles los que deban ejercer su jurisdicción, tal y como lo señala el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) en relación con los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y a través del ejercicio de la jurisdicción universal.

El TS, consciente de la dificultad de valorar la voluntad de enjuiciar la Administración de Justicia de otro Estado, finalmente concluye que «existen, con respecto a los hechos objeto del Sumario nº 97/2010, indicios suficientes de que el proceso penal desarrollado en su día en El Salvador no garantizó el castigo y persecución efectiva de sus responsables» (FJ 5º); y así se destaca de «las dilaciones de la Comisión Investigación de Hechos Delictivos en obtener documentos -parte de los cuales así pudieron ser destruidos- y otros medios probatorios; la ocultación de datos al juez instructor por parte de dicha comi-

sión; la renuncia de los Fiscales del caso porque el Fiscal General les ordenaba no impulsar el procedimiento, no informar a la prensa, les separaba de su previo trabajo conjunto y en equipo o no les permitía interrogar a determinados testigos militares importantes; las presiones externas durante el desarrollo del juicio oral; o las amenazas denunciadas por los miembros del jurado» (FJ 5º). Por lo que, entiende el TS, la jurisdicción española tiene competencia para enjuiciar los hechos a través del principio de personalidad pasiva (teniendo en cuenta la nacionalidad de las víctimas) y no tanto del de jurisdicción universal.

Sin embargo, esta falta de competencia de la jurisdicción española ya se había puesto de manifiesto por la procuradora del recurrente al formular, como artículos de previo pronunciamiento, la declinatoria de jurisdicción por ausencia de jurisdicción de los tribunales españoles, la de prescripción del delito, la de amnistía y la de cosa juzgada, y que el TS resolvió acordando que no había lugar a la admisión de los mismos (19 de septiembre de 2019).

El TS desestima este segundo motivo al señalar que lo único «que hace es plantear hipótesis relativas a la no nacionalidad española de los jesuitas asesinados, pero no existe prueba alguna que combata la condición de españoles de las víctimas del delito. La documental evidencia la nacionalidad española no contrarrestada con elementos probatorios, siendo ya resuelta esta cuestión por esta Sala en el antes citado auto y como artículo de previo pronunciamiento por el Tribunal de enjuiciamiento» (FJ 5º).

El tercer motivo casacional, también basado en el art. 24 CE, declara que se ha infringido el derecho a un juez imparcial, pues la sentencia recurrida ha sido planteada con extemporaneidad y el Juez Instructor ha tenido interés directo o indirecto durante la instrucción de la causa, al asistir a un acto de homenaje a las víctimas o ser profesor de la propia Universidad de Deusto que pertenece a la Compañía de Jesús (motivo formalizado también al amparo del art. 852 LECrim).

Este motivo ya fue resuelto por la AN al señalar que el trámite para denunciar la parcialidad de un juez es el de la recusación (arts. 217 y ss. LOPJ y arts. 52 y ss. de la LECrim) y que el recurrente no lo hizo en tiempo ni en forma, por lo que la vulneración denunciada por el recurrente es extemporánea, al haber concluido ya la instrucción. Asimismo, la recusación debe proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde pues, de otra forma no se admitirá a trámite (art. 223 LOPJ). Pero, además, la recusación adolece de fundamento pues pretender presentar como una afinidad con la víctima una orden religiosa de la que formara parte también el juzgador, no permite avalar el «tener interés directo o indirecto» en la causa, tal y como

señala el art. 219.10 LOPJ, al «invocar la defensa esa supuesta afinidad sin llegar a identificar ninguna actuación, ninguna opinión, o ninguna manifestación personal del juez instructor que preste apoyo a lo que se afirma» (FJ 6º). Además, añade el TS, no se expone qué medida o actuación del instructor evidencian la parcialidad, sino que únicamente hacen meras referencias a *aspectos externos* que en ningún caso acreditan o hacen dudar de la actuación del juez, debiendo desestimarse dicho motivo (*vid. infra* epígrafe III)

El cuarto motivo de casación infringe el principio de legalidad del art. 25.1 CE pues se ha aplicado una definición del concepto de terrorismo del actual Código Penal (CP) y una Decisión marco de 2002 a unos hechos que ocurrieron en 1989; y así ocurre también con la aplicación del tipo «intimidar gravemente a la población», que se introdujo en el CP de 1995 por primera vez (motivo formalizado también al amparo del art. 852 LECrim).

En este sentido, el TS ha señalado que, independientemente de que la sentencia recurrida ya hiciera referencia a los elementos que integran el concepto de terrorismo, señalando normas que regían con posterioridad al momento en que se citaron los hechos (art. 573 CP vigente en la actualidad y la Decisión Marco de 13 de junio de 2002), los elementos que configuran el tipo ya existían y estaban integrados en el delito de terrorismo, que se encontraba penado y era punible en 1989. Por lo tanto, estas citas no significan que el Tribunal haya aplicado legislación posterior a los hechos «sino que se trata de normativa integradora posterior que viene a completar y complementar el concepto de lo que antes ya existía en orden a la configuración de las actividades terroristas al momento de los hechos, y en donde el Tribunal encasilla la conducta declarada probada, al utilizar el aparato del Estado y su organización para perpetrar atentados, que es lo que constituyó la ejecución de las víctimas de estos delitos, y que no pierden la naturaleza de calificación que ha fijado el Tribunal por la circunstancia de que las órdenes de ejecución de crímenes provengan de aparatos del Estado, como en este caso ha ocurrido» (FJ 7º). Y así lo ha señalado el Pleno del TS en su sentencia núm. 89/1993, de 12 de marzo.

Además, tampoco existe una vulneración de la doble garantía que supone el principio de legalidad: (i) cifrada, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley formal como un presupuesto inexcusable; (ii) pre-determinación normativa, junto a ello, de las conductas y penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula *lex scripta, praevia y certa* (véanse las Sentencias del TC 133/1987, 150/1989 y 127/1990). Y no se da esta vulneración del principio de legalidad porque los

elementos que configuran el delito de terrorismo estaban perfectamente definidos y descritos por la normativa vigente cuando ocurrieron los hechos, así como también por la doctrina jurisprudencial que la desarrolló. Y así lo señaló la AN en la sentencia aquí recurrida.

Por otro lado, en cuanto al hecho de aplicar el tipo «intimidar gravemente a la población», que se introdujo en el CP de 1995 por primera vez, al asunto que estamos tratando, señala el TS que los elementos teleológicos de «alterar gravemente la paz pública» y «provocar terror en la población» ya configuraban ese tipo delictivo regulado en el art. 174 bis b CP de 1973, vigente en 1989. La literalidad del tipo penal aplicable ya castigaba a quien estuviera «integrado en una banda armada u organización terrorista, o en colaboración con sus objetivos y fines». Razones todas ellas que llevan al TS a desestimar el motivo.

En quinto lugar, señala el recurrente que la sentencia ha incurrido en un error de apreciación de la prueba al no haber declarado erróneamente un hecho probado y siendo su existencia incuestionable pues resulta del documento contenido en el Tomo IX (motivo formalizado también al amparo del art. 852 LECrim); además, señala el recurrente, existe también error de apreciación de la prueba al omitir la declaración de otro hecho probado que existe entre los documentos de los folios de los Tomos II y III que prueban que el acusado no había participado en la reunión de las 14 horas (y la sentencia que se recurre sí) y que Simón no fue llamado por Gerónimo a las 23 horas sino a las 18 horas, cuando la decisión militar ya está tomada; asimismo, no se había dado la orden expresa de matar a los jesuitas en una reunión de cuatro oficiales sino que solo hubo una reunión del Estado Mayor entre las 19 horas y las 22:30 horas, a pesar de que la orden de *responder militarmente* contra los responsables del FMNL ya se había tomado antes de las 18 horas. Fue Gerónimo quién tenía la UCA en su área de responsabilidad y él entendió con la mencionada orden que debía matar a los padres jesuitas (motivo formalizado también al amparo del art. 849.2 LECrim).

Ante este posible error en la valoración de la prueba señalado por el recurrente, el TS indica que se trata de un motivo articulado por otra vía, referido a cuestiones que ya han sido tratadas con anterioridad (FJ 2º), pues el motivo expresado por el recurrente queda en contradicho con los elementos probatorios concluyentes que ya se han expuesto por el Tribunal, por lo que el motivo debe desestimarse.

Por su parte, el motivo casacional sexto señala que se infringen también los arts. 573 y 573 bis 1 del CP actual y el 174 bis b) del CP de 1973, porque

se consideran hechos probados subsumidos bajo el tipo de terrorismo al ser el fin de las Fuerzas Armadas «alterar la paz pública y generar terror en la población», incluyéndose así elementos que no forman parte del mencionado tipo, pues éste no recoge «alterar la paz pública y generar terror en la población» sino que solo señala «subvertir el orden constitucional» (motivo formalizado también al amparo del art. 849.1 LECrim). Sin embargo, declara el TS, el presente motivo no puede prosperar pues el recurrente lo refiere a la existencia o no de la prueba de cargo que sustenta y sostiene la condena y, como ya se ha visto en el análisis realizado en el FJ 2º, la prueba de cargo ha sido válida y suficiente, «siendo inherente a esta validación en vía casacional (...) que el ilícito penal respecto a la orden dada en la que intervino el recurrente de matar a los asesinos vino del Alto mando en el que estaba el recurrente, y este tipo de órdenes nunca, y en ningún caso, pueden tener por objetivo conseguir lo que denomina «la paz pública»», concluyendo así la desestimación del motivo por un error de planteamiento en la formulación del mismo (FJ 3º).

La sentencia recurrida infringe también, de acuerdo con el motivo de casación séptimo, el art. 406 del CP de 1973 al considerar que existió alevosía y, por los tanto, subsumir los hechos probados bajo el tipo de asesinato (motivo formalizado también al amparo del art. 849.1 LECrim).

Como ha reiterado el TS, el recurso de casación parte de las precisiones fácticas que haya establecido la AN, como tribunal de instancia, pues no estamos ante una apelación o revisión de la prueba, sino que estamos ante un recurso de carácter sustantivo penal que revisa el enfoque jurídico de los hechos ocurridos, sin que pueda darse una versión de los hechos incongruentes con los ya afirmados en la sentencia recurrida (FJ 2º). En este caso, de nuevo vuelve a señalar el TS, los hechos probados señalados en la sentencia recurrida manifiestan que se trató de un hecho alevoso «tendente a asegurar el crimen y evitar cualquier opción de defensa que pudieran llevar a cabo los asesinados» (FJ 11º), por lo que el motivo debe desestimarse.

El motivo de casación octavo, por su parte, alega la infracción del art. 28 CP que considera al condenado como *autor*, pues tiene dominio de las acciones necesarias o de la capacidad de dirección ejecutiva para cumplir con el tipo penal. Sin embargo, el recurrente señala que se trata de un error manifiesto, ya que el condenado tenía responsabilidad administrativa como Vice-ministro de Seguridad Pública; esto es, no operativa y solo sobre la policía, no sobre los militares (motivo formalizado también al amparo del art. 849.1 LECrim).

A este respecto señala el TS, en ningún caso puede admitirse que la actuación del recurrente pueda ser de índole *administrativa* pues, como ya se ha señalado (FJ 2º), la prueba concurrente ha determinado que la participación en los hechos tiene un carácter determinante atendiendo al rol que desarrollaba al interno de la unidad operativa sin que, en ningún caso, pueda desligarse del cuadro de mando desde donde se tomaban las decisiones. «En consecuencia, existió en el recurrente el dominio del hecho en la corresponsabilidad como parte del Alto mando, y como parte integrante del «poder de decisión», pese a que el recurrente se escude en una mera función administrativa que no se admite, tal cual el Tribunal ha motivado lo que realmente ocurrió y el rol del recurrente en la organización y en la responsabilidad ante lo ocurrido. El recurrente pretende adoptar una postura autoexcluyente en la toma de decisiones cuando era uno de los mandos de responsabilidad del aparato del Estado (...) con gran incidencia en la jerarquía que dominó la decisión de ejecutar a los sacerdotes, lo que conlleva una maldad intrínseca en intentar adoctrinar a la ciudadanía mediante la ejecución de los hechos para aquellos que se oponían a las actuaciones del aparato del Estado» (FJ 12º).

El motivo casacional noveno refiere la infracción del art. 77 CP pues la sentencia ha realizado una consideración errónea de los hechos, considerando que constituyen dos delitos (motivo formalizado también al amparo del art. 849.1 LECrim). El TS argumenta que debe descartarse dicho motivo pues la AN ha motivado debidamente la concurrencia de ambos tipos penales relativos a la conducta terrorista y el delito de asesinato, habiéndose tratado también ya todo lo relativo al principio de legalidad (FJ 7º), sin que, de nuevo, el recurrente muestre respeto por los hechos declarados ya probados por la sentencia de la AN: la existencia de dos conductas ilícitas que se encuentran penadas de forma independiente y autónoma en dos tipos penales sustantivos distintos (terrorismo y asesinato) y, sobre ellos, se construye el concurso ideal al que ha sido condenado. Por lo tanto, el motivo debe ser desestimado.

Además, en décimo lugar, señala el recurso de casación que la sentencia recurrida infringe los arts. 14.1 y 20. 5 y 6 CP al no aplicarlos y no señalar así las eximentes de estado de necesidad, miedo insuperable y error invencible, que excluirían la culpabilidad; ello teniendo en cuenta que los hechos probados señalan que «el 11 de noviembre de 1989, el FMLN inició la ofensiva militar más importante del conflicto sorprendiendo a los líderes del ejército, que pusieron en peligro las vidas de los miembros del Gobierno y que consi-

deraban estos a los jesuitas miembros del FMLN. Esta situación impide realizar un reproche de culpabilidad» (motivo formalizado también al amparo del art. 849.1 LECrim).

En realidad, señala el TS, lo que el recurrente está aduciendo es un «vicio de incongruencia», que no puede alegarse por la presente vía, sino que debería haber sido interpuesto a través del preceptivo recurso de aclaración, a través del quebrantamiento de forma. Y, en este sentido, señala el TS que este medio impugnativo se suele utilizar a través de las «alegaciones efectuadas en juicio» y no de las «pretensiones de las partes», siendo éstas las que dan lugar al verdadero vicio y no las alegaciones. La sentencia debe responder a las pretensiones de las partes, pero no a las alegaciones (que no dan lugar a incongruencia omisiva alguna).

Por lo tanto, el tribunal hubiera dictado una sentencia incongruente si no hubiera respondido a las pretensiones que las partes han manifestado, siendo los requisitos los siguientes: «1. Esta alegación de incongruencia debe referirse a las pretensiones de las partes. 2. No puede tratarse de una mera alegación o argumentación jurídica expuesta por el recurrente, ya que se ha expuesto con reiteración que el Tribunal no debe dar respuesta a todas y cada una de las «alegaciones» o argumentos en que se basan las pretensiones de las partes, sino que debe contestar a estas últimas. Por ello, lo que supone el quebrantamiento de forma no es que se acoja un argumento en apoyo de una pretensión, sino que se deje de resolver la misma. 3. La circunstancia de que la pretensión es jurídica exige que la referencia que debe constar en el motivo casacional deba ser referida a una omisión del Tribunal relativa a una cuestión de derecho planteada por la parte, quedando, por ello, excluidas las cuestiones fácticas (...). 4. Es también obligatorio que la parte se ciña en su alegato casacional a que la pretensión que refiere no resuelta ha de haber sido propuesta oportunamente. Y ello, debe llevarlo a efecto en el trámite perentorio de las conclusiones definitivas en el juicio oral, momento hasta el cual se permite que fije la parte su pretensión cuya omisión es la que podría dar lugar al vicio de incongruencia omisiva». Y, en este sentido la doctrina jurisprudencial ha estimado que, para que pueda darse la casación de una sentencia por este «vicio *in iudicando*» deben darse las siguientes condiciones: 1. Que se trate de una omisión sobre una cuestión jurídica. 2. Que las pretensiones no atendidas se han formulado de forma clara y en el momento procesal oportuno. 3. Que efectivamente es una pretensión (no un argumento o alegato que apoya la pretensión). 4. Que no han sido resueltas en la sentencia, directa o indirectamente (si puede deducirse de la resolución adoptada).

Además, señala el TS, la incongruencia omisiva puede resolverse también a través del llamado *complemento de sentencias* previsto en el art. 267 LOPJ: «En todo caso, el motivo no puede prosperar si previamente no se ha intentado su subsanación; y el recurrente, aunque formulara la oportuna protesta, ulteriormente no acudió al preceptivo y previo recurso de aclaración, que constituye presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva, pues es doctrina consolidada de este Tribunal que, «el defecto de la incongruencia pudo y debió ser remediado a partir del recurso de aclaración solicitando, antes de instar la casación, la subsanación de la incongruencia. En el sentido indicado una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desde la perspectiva del quebrantamiento de forma, es doctrina ya consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5° LECr introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con esta previsión se quiere evitar que el tribunal *ad quem* haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido. Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal» (STS núm. 44/2016, de 3 de febrero).

Por lo tanto, al no haberse expuesto esta petición complementaria, su inadmisión es indirecta y, añade el TS en relación al FJ 10° de la sentencia recurrida («La defensa de D. Doroteo alegó, de forma alternativa a su libre absolución, sin mayor argumentación que justificase su aplicación, la concurrencia de las eximentes de estado de necesidad, de fuerza irresistible y de miedo insuperable») que es difícil argumentar respecto de dichas alegaciones cuando la propia defensa no se preocupó de explicar el motivo de su invocación (FJ 4°).

No obstante, señala el TS, por cuanto respecta al Estado de necesidad, diversos precedentes de la Sala Segunda del TS han establecido que su esencia radica «en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que

ha de ser grave, real y actual», debiendo destacarse la proporcionalidad y la necesidad del mal causado. Sin embargo, en el presente caso, no podía darse tal desproporcionalidad porque «al acusado no le apremiaba ningún conflicto de intereses que hiciera necesario [asesinar] (...); ellos no eran parte del conflicto armado».

En cuanto a la eximente de fuerza irresistible (la fuerza irresistible se constituye como la fuerza física, material, generada externamente al sujeto, que actuando directa o indirectamente sobre el mismo, con una intensidad que no puede resistirse por aquél, determina un cierto movimiento corporal), señala el TS, es impensable aceptar su concurrencia.

Por último, respecto al miedo insuperable, no hay hechos que puedan servir de base para apreciar la eximente invocada «precisamente, por la falta de aportación al juicio de elementos de prueba al respecto», de forma que no puede apreciarse por el tribunal dicha eximente.

Y, añade el TS para desestimar el motivo: «Resulta absolutamente rechazable que en un contexto como el que se ha declarado probado se sostenga el alegato de circunstancias modificativas de responsabilidad penal de estado de necesidad y miedo insuperable en una situación en la que la decisión de matarles se toma por el Alto Mando en el que estaba el recurrente, y no solamente ello, sino en una forma de absoluta indefensión para las víctimas cuando estas decisiones se adoptan desde el poder establecido y utilizando «las armas del poder» frente a unas víctimas absolutamente indefensas a las que matan por unos teóricos ideales que tenían, y/o relacionándolos con movimientos de resistencia pública» (FJ 4º).

En último lugar, el motivo de casación undécimo señala que la sentencia ha infringido el art. 123 CP al calificar de forma errónea los hechos y considerar al condenado responsable de cinco asesinados terroristas. Motivo formalizado también al amparo del art. 849.1 LECrim y que viene desestimado por el TS a consecuencia de los motivos anteriores en los que, como ya se ha señalado, la casación no es un recurso para revisar los hechos que se han entendido por probados por la AN (FJ 13º).

Así, el TS declara no haber lugar a recurso de casación interpuesto por la representación del acusado y condenado, el ex viceministro de Seguridad Pública de El Salvador, contra la sentencia condenatoria de la AN por el asesinato de carácter terrorista de los cinco jesuitas españoles en 1989.

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Penal, Sección Primera, núm. 632/2021)
de 14 de julio de 2021**

Recurso de casación 4014/2019

Ponente: *Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta*

A continuación, muy brevemente, el análisis de un recurso de casación por infracción de ley, desestimado por el TS, interpuesto por la Asociación Movimiento 24DOS contra la sentencia de la AN 14/2019, de 31 de julio, contra el auto 81/2019 de la Sección Tercera de la AN que desestima el recurso de apelación interpuesto por VOX y Asociación Movimiento 24DOS.

El recurso de casación tiene un único motivo: la infracción del artículo 23.1 LOPJ. Así, se trata de determinar si la jurisdicción española puede actuar respecto de los hechos contenidos en la querella, que fueron más tarde inadmitidos a trámite, por falta de jurisdicción, por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la AN; confirmado, a su vez, por la Sección Tercera de la Sala de lo penal de la AN y, de nuevo, confirmada por la Sala de Apelación de la misma AN.

Señala el TS que llama la atención que se trata de un recurso contra un pronunciamiento en el que han coincidido tres órganos jurisprudenciales distintos, que han convenido en declarar la falta de jurisdicción española sobre un asunto sobre el que, a pesar de estar ante un supuesto delito de prevaricación y de usurpación de funciones cometido en Bélgica por un miembro del poder judicial belga al admitir una demanda contra un miembro del poder judicial español (delito cometido por extranjero en el extranjero), de acuerdo con el art. 23. 3 y 4 LOPJ que regula el ejercicio de la jurisdicción universal y debido a la modificación introducida por la LO 1/2014, se requiere previa interposición de querella del agraviado o del Ministerio Fiscal, excluyéndose implícitamente la acusación popular, para ser perseguidos en España (art. 23.6 LOPJ).

Se trata, señala el TS, de una manifestación de la soberanía del Estado o, quizá, añadimos, una medida que contradice la naturaleza de la jurisdicción universal: una *actio popularis* cuya finalidad es perseguir los crímenes y delitos que afectan al orden internacional. Un requisito que puede, a su vez, convertir estos delitos en semipúblicos.

**Auto del Tribunal Supremo
(Sala de lo Penal, Sección Primera)
de 26 de octubre de 2021**

Recurso de casación 20497/2021

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

Nos encontramos ante un auto dictado por el TS que resuelve de forma negativa una cuestión de competencia otorgando la misma al Juzgado de Instrucción de Valencia y no a la AN, en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal, debido a los múltiples nexos de conexión que fueron establecidos por la reforma operada por la LO 1/2014 en relación con la jurisdicción universal hasta el punto que, en el asunto que analizamos (existencia de un grupo de ciudadanos rumanos, de etnia gitana, afincado en Valencia, con conexiones en Alemania y Rumanía, dedicado a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual) no podrían ser juzgados conforme al art. 23.4 LOPJ: «Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: (...) m) Trata de seres humanos, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se imputa la comisión del hecho delictivo se encuentre en España».

Así, señala el TS, no podrán ser juzgados bajo el paraguas de la jurisdicción universal porque la totalidad de los hechos que han sido denunciados se han desarrollado en Valencia y no concurren, tal y como hemos leído, con *suficiente claridad*, los presupuestos exigidos por el art. 23.4 LOPJ relativo a la jurisdicción universal. Jurisdicción universal que, como ya hemos comentado, se vio desfundamentada con la reforma operada por la LO 1/2014 al exigir ésta una serie de nexos de conexión, acumulativos en este caso, que poco tienen que ver con el fundamento del principio y mucho con otros criterios de aplicación extraterritorial de la ley (principio territorial, de personalidad, principio real o de protección) que perjudican

y que establecen un régimen *ad hoc* para la investigación y enjuiciamiento de estos crímenes.

Comenzamos así a ver los efectos de la reforma que el principio de jurisdicción universal sufrió en 2014.

Irene VÁZQUEZ SERRANO
Universidad de Murcia

II. DERECHO DEL MAR

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta, caso *K. M. contra Director of Public Prosecutions*) de 11 de febrero de 2021

Cuestión prejudicial C-77/20

Ponente: *Excmo. Sr. D. C. Toader*

El presente procedimiento prejudicial se inicia, de acuerdo con el art. 267 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), por el Tribunal de apelación de Irlanda durante el curso del procedimiento penal contra KM, capitán de un buque pesquero, por posesión a bordo de un equipo de clasificación automática por tamaño del arenque, la caballa y el jurel, sin estar instalado o situado en el buque de modo que se realice inmediatamente la congelación y no sea posible la devolución de los organismos marinos al mar.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del principio de proporcionalidad, del art. 49.3 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE) y de los arts. 89 y 90 del *Reglamento (CE) 1224/2009 del Consejo, de 20 de noviembre de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control para garantizar el cumplimiento de las normas de la política pesquera común*.

Los hechos recogidos en la sentencia señalan que el 11 de febrero de 2015, un buque de pesca matriculado en el Reino Unido, del que KM era capitán, fue interceptado en el mar en la zona económica exclusiva de Irlanda por un buque de la marina irlandesa que patrullaba en el marco de sus atribuciones de protección de la pesca marina. Tras la inspección del buque de pesca, se comprobó que se hallaba a bordo un equipo de clasificación automática por tamaño del arenque, la caballa y el jurel, sin estar instalado o situado en el buque de modo que se realice inmediatamente la congelación y no sea posible la devolución de los organismos marinos al mar. La marina irlandesa consideró

que el modo en que estaba montado dicho equipo hacía sospechar que el buque en cuestión estaba implicado en una actividad de pesca ilícita, denominada «selección cualitativa», que consiste en seleccionar el mejor pescado de la captura y en devolver el resto al mar.

La posesión a bordo y la utilización de este tipo de equipos están prohibidas tanto por el art. 32.1 del Reglamento (UE) 850/98 como por la normativa irlandesa (*Sea Fisheries Regulations 2013* y el art. 14 de la Ley de 2006, de 27 de julio de 2015), de forma que KM fue declarado culpable (mediante decisión del jurado), por la posesión de dicho equipo, el 16 de junio de 2015 de conformidad con los cargos presentados por el Fiscal General de Irlanda, y condenado por el Tribunal Regional de lo Penal de Cork (Irlanda) a una multa de 500 euros y el decomiso de las capturas (valoradas en 344.000 euros) y el decomiso del equipo de pesca ilícito (valorados en 55.000 euros). Más tarde, KM recurrió la sentencia condenatoria, alegando la gravedad de la sanción, en particular en cuanto al decomiso de las capturas y del equipo de pesca.

Sin embargo, el órgano jurisdiccional que tramitaba el recurso de KM se preguntó acerca de la compatibilidad de la norma irlandesa que establece como sanción, ante una infracción grave de las normas relativas a la política pesquera común, el decomiso obligatorio de las capturas y las artes de pesca prohibidos o no conformes hallados a bordo, con el Reglamento (EU) 1224/2009 y el principio de proporcionalidad (art. 49 CDFUE).

El Tribunal de Apelación irlandés decidió entonces suspender el procedimiento y elevar al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «En el ámbito de la aplicación de la política pesquera común y de las disposiciones del artículo 32 del Reglamento (UE) 850/98, y en el marco de un proceso penal dirigido a hacer cumplir dichas disposiciones, ¿es compatible con las disposiciones del Reglamento (UE) 1224/2009 y, en particular con sus artículos 89 y 90, y con el principio de proporcionalidad consagrado en los Tratados y en el artículo 49, apartado 3, de la Carta, una disposición nacional que, en caso de condena penal, aparte de la multa, prevé el decomiso obligatorio de toda la pesca y de todos los artes de pesca hallados a bordo del buque relacionado con la comisión de la infracción?».

El Tribunal de Justicia analiza la cuestión y responde que, dado que el éxito de la política pesquera común pasa por la aplicación de un sistema de control eficaz, el Reglamento (UE) 1224/2009 tiene como objetivo establecer un régimen de control, inspección y observancia de carácter global e integrado, de conformidad con el principio de proporcionalidad, que garantice el cumplimiento de todas las normas de la política pesquera común, al abarcar

todos los aspectos de esta política, con el fin de propiciar una explotación sostenible de los recursos acuáticos vivos.

En este sentido, la obligación de los Estados miembros, de velar por sanciones disuasorias, proporcionadas y efectivas ante las infracciones de la política pesquera común, tiene una importancia esencial, confiando los arts. 89 y 90 del citado reglamento dicha función a los Estados y estableciendo únicamente criterios que los Estados deberán tener en cuenta para establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias; en especial, el art. 89.1 establece la obligación de los Estados miembros de adoptar sistemáticamente las medidas adecuadas, incluidos procedimientos administrativos o penales, conforme a sus legislaciones nacionales, contra las personas físicas o jurídicas sospechosas de haber infringido las normas de la política pesquera común; el 89.2 precisa que la cuantía global de las sanciones y sanciones accesorias se calculará, de conformidad con las disposiciones aplicables del Derecho nacional, de modo tal que los responsables de la infracción se vean efectivamente privados de los beneficios económicos derivados de ella, sin perjuicio de su derecho legítimo a ejercer su profesión, y que dichas sanciones deberán producir, además, resultados proporcionados a la gravedad de la infracción, de modo que disuadan eficazmente de la comisión de nuevas infracciones del mismo tipo; y, por último, el 89.3 señala que con el fin de determinar la proporcionalidad de la multa, los Estados miembros podrán tomar en consideración determinados elementos, entre ellos el volumen de negocios de la persona jurídica o la ventaja económica conseguida o que se preveía conseguir mediante la comisión de la infracción.

Por su parte, el art. 90 regula las infracciones graves, estableciendo en su apartado 1 que la autoridad competente del Estado miembro tendrá en cuenta criterios tales como la naturaleza y valor de los daños causados, la situación económica del contraventor y el alcance o la repetición de la infracción; mientras que el art. 90.3 señala que los Estados miembros están obligados a imponer una sanción que sea efectivamente disuasoria y calculada, en su caso, sobre el valor de los productos de la pesca que se hayan obtenido mediante la comisión de una infracción grave; el art. 90.4 precisa que, al determinar la sanción, los Estados miembros también tendrán en cuenta el valor del perjuicio causado a los recursos pesqueros y al medio ambiente marino de que se trate; y, por último, señala el art. 90.5, los Estados miembros podrán aplicar también, simultánea o alternativamente, sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Queda, por lo tanto, establecido que las sanciones son discrecionales de los Estados miembros y serán ellos las que establezcan las sanciones que con-

sideren adecuadas, siempre bajo la observancia del Derecho de la Unión y de los principios generales del Derecho de la Unión. En concreto, de acuerdo con el asunto *Chmielewski*, Sentencia de 16 de julio de 2015, C-255/14, la gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones que castigan, garantizando un efecto realmente disuasorio y respetando, al mismo tiempo, el principio general de proporcionalidad.

Lo que debe examinar ahora el Tribunal de Justicia si la sanción nacional irlandesa rebasa o no los límites de lo apropiado y necesario para cumplir con el objetivo de la norma controvertida y, en particular, como ya ha declarado este Tribunal procede comprobar, en el caso de aquellas personas que realicen una actividad pesquera y exista un elevado riesgo, en caso de incumplimiento de las normas de la política pesquera común, que se les impongan sanciones adecuadas.

Por cuanto respecta a la prohibición relativa a los equipos de clasificación establecida, el art. del Reglamento (UE) 850/98 «tiene por objeto la conservación de los recursos pesqueros mediante medidas técnicas de protección de los juveniles de organismos marinos, prohíbe poseer o utilizar a bordo un equipo de esta clase, salvo si este garantiza la congelación inmediata de las capturas e impide la devolución al mar de organismos marinos»; esto es, la prohibición tiene como objetivo «impedir la práctica consistente en la conservación de las especies más rentables y la devolución de las demás especies al mar con el fin de realizar una selección cualitativa, prohibida en el artículo 19 bis de dicho Reglamento» (párr. 42) y prevenir, a su vez, por un lado «el riesgo de que no se declaren determinadas cantidades de pescado muerto que se devuelven al mar y de que, por tanto, no se tengan en cuenta al contabilizar la utilización de las cuotas, lo que se traduce en un riesgo de sobrepesca, y, por otra parte, de eliminar progresivamente las devoluciones al mar de las capturas no deseadas, con el fin de garantizar la sostenibilidad a largo plazo de las actividades pesqueras desde un punto de vista medioambiental» (párr. 43). En este sentido, el decomiso de dichas artes de pesca prohibidas podría disuadir a otras personas o infringir dicha prohibición por lo que constituye una sanción efectiva y proporcionada al objeto que se persigue.

Por cuanto se refiere al decomiso de las capturas, de acuerdo con la Comisión Europea, «este tiene por efecto privar a los infractores de las ventajas económicas indebidas derivadas de la infracción cometida, lo que una multa por sí sola no puede garantizar» (párr. 45). No obstante, de acuerdo con el Derecho irlandés, que atiende al tamaño del buque de que se trate, si sólo se impusieran dichas multas como única sanción, éstas podrían no llegar a privar

efectivamente a los infractores de las ventajas económicas que se derivan de las infracciones cometidas y la sanción no sería efectiva ni disuasoria. Por lo tanto, «el decomiso obligatorio de las capturas y de los artes de pesca prohibidos o no conformes es necesario para privar a los infractores de las ventajas económicas derivadas de la infracción. Dicho decomiso tiene también un efecto disuasorio» (párr. 52), siendo conforme una sanción de este tipo con los criterios establecidos en el art. 89.2 del Reglamento (UE) 1224/2009.

Dicho todo lo anterior, concluye el Tribunal de Justicia que «procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los arts. 89 y 90 del Reglamento 1224/2009, (...) a la luz del principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 49, apartado 3, de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no se oponen a una disposición nacional que, para sancionar una infracción del artículo 32 del Reglamento 850/98, prevé no solo la imposición de una multa, sino también el decomiso obligatorio de las capturas y los artes de pesca prohibidos o no conformes hallados a bordo del buque de que se trate» (párr. 56).

**Sentencia de la Audiencia Provincial
(Sección Segunda, núm. 287/2021)
de 16 de julio de 2021**

Procedimiento Abreviado 18/2021

Ponente: *Excmo. Sra. D^a. Soledad Jiménez de Cisneros Cid*

El presente caso, incoado por la Comandancia de la Guardia Civil de Almería, condena al acusado por enriquecerse por la organización de un viaje en embarcación de tipo patera, desde Orán (Argelia) hasta las costas españolas, con la finalidad de introducir a 11 personas, al margen de la legalidad, en territorio español.

De acuerdo con los hechos probados, la embarcación (de fibra de 5,5 metros de eslora por 1.8 de manga con motor fueraborda Tohatsu de 70 cv) inició el viaje, previo cobro, el 17 de enero de 2021 en Orán y fue avistada un día más tarde al ser interceptada por una patrulla de la Guardia Civil que, tras una persecución ante las maniobras arriesgadas y evasivas de la embarcación (aumento de velocidad y giros bruscos), dio lugar a la entrada de agua en el francobordo del barco, aumentando así el riesgo de que sus ocupantes cayeran al mar.

El acusado conducía la embarcación sin ningún tipo de capacitación técnica o práctica exigida por el *Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar* de 1974 o Convenio SOLAS (*Safety of Life at Sea*), firmado por Argelia, para la navegación en alta mar, poniendo así en peligro la vida e integridad de las personas que se encontraban a bordo al no reunir las condiciones de seguridad de la vida humana en el mar de estas embarcaciones (pequeñas dimensiones, sin capacidad para doce personas, almacenamiento de bidones de gasolina para repostar, trayecto largo, más de 100 millas, incompatibilidad con su capacidad de navegación, ausencia de chalecos salvavidas, sin equipos de radiocomunicación o de seguridad -radar, SIA, cartas náuticas o luces de navegación-).

La AP señala que los hechos probados constituyen un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que condena al que «intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros» (art. 318.bis.1 CP). Se entiende aplicable además el subtipo agravado: «cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves». Tal peligro no es en sí una realidad material directamente perceptible por los sentidos sino «el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis» (FJ 1º) pues, tal y como señala el TS «no faltan resoluciones que etiquetan el riesgo para la vida, la salud o la integridad de las personas, como un riesgo abstracto, no concreto, de suerte que «para apreciar el subtipo basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos» (Sentencia núm. 1.268/2.009, 7 de diciembre).

Ahora bien, «la necesidad de que haya provocado una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos contemplados en el precepto requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto, sin que éste pueda presumirse ligado a ciertas conductas consideradas ex ante como peligrosas» (Sentencia del TS núm. 1.059/2.005, 28 de septiembre) y dicho juicio debe partir de un análisis de la normativa internacional y única cuyo objetivo es garantizar la seguridad en el mar, evitando (o minimizando) el riesgo para la vida e integridad física que el desplazamiento por el mar, por sí, supone. Entre esas normas debe analizarse también el *Reglamento Internacional para prevenir los abordajes*, hecho en Londres, el 20 de octubre de 1972, el *Real Decreto 875/2014, de 10 de octubre, por el que se regulan las titulaciones náuticas*

para el gobierno de las embarcaciones de recreo y la Orden FOM/1144/2003, de 28 de abril, por la que se regulan los equipos de seguridad salvamento, contra incendios, navegación y prevención de vertidos por aguas sucias que deben llevar a bordo las embarcaciones de recreo.

El juicio de inferencia que debe deducirse del análisis de los datos y circunstancias fácticas para comprobar que, efectivamente, se da el peligro contemplado en el tipo penal (Sentencia TS núm. 1248/2002 de 28 de junio) lo lleva a cabo la AP señalando que dicha situación de peligro se infiere sin demasiada dificultad de las circunstancias en que se desarrolló la expedición: «1) se pretendía completar una ruta por mar de más de 200 kilómetros; 2) a tal efecto se empleó una embarcación de 5.5 metros de eslora y 1,8 de manga, para desplazar a 12 personas, con notoria superación del número de ocupantes para el que estaba diseñada; sobredimensionada en cuanto a su peso 3) la embarcación carecía de medidas de seguridad tales como chalecos salvavidas; 4) tampoco disponía de iluminación pese a que el viaje, que se desarrolló en parte en horas nocturnas, implicaba el cruce de una ruta frecuentada por buques de gran tamaño; 5) la alimentación energética de la embarcación se hacía con método pergeñado por el acusado, con boquillas, una de las cuales se le encontró al acusado entre sus ropas y tubos desde los bidones hasta el motor; 6) el porte de estas representó, para mayor abundamiento, un gran peligro de incendio o deflagración a bordo, tanto por ser sustancia volátil como por el modo de repostaje en movimiento mediante manguera; 7) las condiciones meteorológicas no eran buenas, había marejadilla, lo que incrementaba el riesgo para la vida de los ocupantes» (FJ 1º).

Así, junto a las mencionadas circunstancias, también la valoración de la prueba practicada (testifical, documental y pericial) y la inspección ocular pueden confirmar la comisión de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros a cinco años de prisión, teniendo en cuenta la gravedad del hecho cometido, el riesgo generado sobre la vida de los ocupantes de la embarcación (riesgo muy importante y cierto para 11 personas) y constando además que el acusado ha sido detenido en cuatro ocasiones (una de ellas por tráfico ilegal/ inmigración clandestina y otra por paso clandestino), evidenciándose el nulo arrepentimiento de su conducta y riesgo de volver a cometer otro delito de idénticas características. Además, señala la Audiencia Provincial, se ha tener en cuenta un plus en la pena teniendo en cuenta la desobediencia a los agentes, que llega a poner en mayor riesgo a las personas que viajaban a bordo (FJ 4º).

**Sentencia de la Audiencia Nacional
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera)
de 19 de octubre de 2021**

Recurso Contencioso-Administrativo 443/2018

Ponente: *Excmo. Sra. D^a. Nieves Buisán García*

La Organización de productores Pesqueros de Almadraba (OPP-51) interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la Orden APM/400/2018, de 17 de abril, que modifica la Orden APM/264/2017, de 23 de marzo, por la que se regula la pesquería del atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo publicada en el BOE al señalar: «La Orden APM/264/2017, de 23 de marzo, por la que se regula la pesquería de atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo recoge dentro de la normativa interna española las medidas emanadas de CICA (Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico).

La *Recomendación 2017-07 de CICA sobre atún rojo del Atlántico Este y Mediterráneo*, adoptada en la última reunión anual de la CICA establecía un aumento de cuotas para la Unión Europea que posibilitaba la entrada de más unidades a la pesca dirigida a este stock pesquero y con ello podrían autorizarse buques artesanales del Estrecho y Mediterráneo para realizar la pesca dirigida en lugar de la pesca accesoria contemplada en la Orden APM/264/2017, de 23 de marzo, para estas flotas.

Asimismo, oído el sector afectado, se propuso una flexibilización de las condiciones para la trasmisión de posibilidades de pesca que simplificó el régimen de la Orden APM/264/2017, de 23 de marzo, al mismo tiempo que se maximizara el aprovechamiento de las posibilidades de pesca asignadas a España.

Sin embargo, la recurrente señala cinco motivos a los que entiende que ha de responderse de forma individualizada. En primer lugar, se invoca la nulidad de la Orden por incumplir el procedimiento de elaboración, al haberse omitido el informe del Ministerio de Presidencia para asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno previsto en el art. 26.9 de la Ley 50/97, del Gobierno (informe de la Oficina de Calidad Normativa). Sin embargo, el motivo viene desestimado porque, por un lado, de acuerdo con el expediente, el Informe sí se solicitó por la Administración, pero éste no fue recibido; por otro lado, es un informe preceptivo (pero no vinculante) que se instauró una vez que ya se había iniciado la tramitación de la Orden recurrida (FJ 2º).

En segundo lugar, se solicita la nulidad de pleno derecho de la Orden por incumplimiento del art. 46.2 del Reglamento (CE) 850/98 en lo que res-

pecta a la preceptiva comunicación a la Comisión Europea. El art. 46.2 señala que los Estados deben informar a la Comisión Europea «de cualquier proyecto tendente a introducir o modificar medidas técnicas nacionales con la suficiente antelación para que presente sus observaciones» y, si en el plazo de un mes a partir de dicha notificación la Comisión lo requiere, el Estado miembro interesado suspenderá la entrada en vigor de las medidas propuestas hasta que haya transcurrido un plazo de tres meses contados desde la fecha de la notificación, a fin de permitir que la Comisión se pronuncie en este plazo sobre la conformidad de tales medidas. Si la Comisión, por decisión de la que informará a los demás Estados miembros, comprobare que alguna de las medidas contempladas no se ajusta a las disposiciones del apartado 1, el Estado miembro interesado no podrá poner en vigor dicha medida sin efectuar las modificaciones necesarias».

Así, considera la recurrente que no se respetó el plazo mínimo entre la comunicación y la entrada en vigor de la orden a lo que responde la AN, haciendo una interpretación literal y sistemática del art. 46.2, que éste no exige el necesario envío de los proyectos normativos con un mes de antelación, sino que lo que el precepto establece es que, en tal plazo de un mes desde la comunicación a la Comisión, ésta puede pedir que se suspenda la aplicación de las medidas contenidas en la norma a fin de darle un plazo adicional para su estudio.

Además de que no consta en el expediente que se haya recibido ninguna observación de la Comisión Europea, en cualquier caso, el eventual incumplimiento de tal plazo constituiría una irregularidad no invalidante, según señala el art. 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre: «la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo»(FJ 3º). Desestima así la AN también este motivo.

En tercer lugar, la nulidad derivada de la nulidad total de la Orden APM/264/2017 solicitada por la recurrente debe recibir, por lo tanto, el mismo pronunciamiento desestimatorio pues como «se indica en la demanda, esta última ha sido impugnada ante esta misma Sala y Sección en el Rec. 309/2017» y «en dicho recurso se ha dictado sentencia con fecha de 16 de junio de 2020, íntegramente desestimatoria de las pretensiones de tal entidad recurrente». Así, no pueden derivarse de la Orden APM /264/2017 los efectos anulatorios que se pretenden, que deben ser rechazados (FJ 4º).

En cuarto lugar, la recurrente solicita la nulidad del art. único de la Orden APM/40020018 por falta de motivación y arbitrariedad contrarias

al art. 9.3 CE argumentando que, al elaborarse dicho artículo y permitir a través del mismo que se incorporen nuevos segmentos de flota, así como nuevas unidades de pesca a la pesca dirigida del atún rojo, la Administración únicamente observó que en 2018 las toneladas de atún rojo de la cuota de la UE aprobada por la CICAA (28.000t) eran significativamente mayores que en 2017 (27.000t) pero no se dio cuenta de que, en la práctica, atendiendo a la distribución de esa cuota entre los Estados miembros de la Unión Europea (UE) en el reparto interno en España las flotas clásicas (los integrantes de los grupos A, B, C, D y E del censo) recibirían menos posibilidades de pesca de las que recibieron en 2008 (el primer año en el que se establecieron las cuotas internas en España en atención al Plan de Recuperación Plurianual para el atún rojo de la CICAA).

Así, señala la recurrente, una cosa es «que se pueda hacer» y otra que exista «obligación de hacerlo», pues no es razonable hacerlo a la vista de la concreta estructura y características de la flota española y de las concretas toneladas que los diferentes segmentos de la misma iban a percibir: «se ha dado entrada en 2018 a nuevos segmentos de flota como pesca dirigida al atún rojo, provocando que a los segmentos clásicos -aquellos que en 2008 presentaban habitualidad en la pesquería- les sean asignadas, en la práctica, menos toneladas nominales que en 2008».

Sin embargo, se ha motivado de modo adecuado y detallado que la razón de ser de esta modificación es el aumento de cuotas para la UE establecido. Por un lado, en la Recomendación CICAA 2017-07, que señala: «La Recomendación 17-07 de CICAA sobre atún rojo del Atlántico Este y Mediterráneo, adoptada en la última reunión anual de la CICAA establece un aumento de cuotas para la Unión Europea que posibilita la entrada de más unidades a la pesca dirigida a este stock pesquero, con ello podrán autorizarse buques artesanales del Estrecho y Mediterráneo a realizar la pesca dirigida en lugar de la pesca accesoria contemplada en la Orden APM/264/2017, de 23 de marzo para estas flotas» y añade en su art. 45 que «el incremento de cuota permite incluir en el plan de pesca y de capacidad de España de 2018 a las flotas artesanales del Estrecho y mar Mediterráneo que hasta 2017 realizaban captura accesoria. Estas flotas mantendrán las posibilidades de pesca establecidas mediante la Orden APM/264/2017, de 23 de marzo, por lo que la modificación prevista no modifica el reparto relativo entre flotas.

Este proyecto ha de entenderse sin perjuicio de una futura revisión del actual modelo al amparo de las previsibles modificaciones de la normativa que emane del CICCA en atención a la mejora progresiva de la situación del

stock. Para ello este Departamento Ministerial inició en 2017 la tramitación de un Real Decreto que podrá implementarse a partir de 2019, cuando el TAC de atún rojo haya superado las 32.000 toneladas. En la campaña 2017 han quedado remanente de cuota sin aprovechar, dado que el art. 6 de la Orden APM/264/2017, de 23 de marzo, no permitía las cesiones temporales de cuota una vez finalizada la campaña de una modalidad. Se propone, así, modificar este artículo para favorecer el aprovechamiento total de posibilidades de pesca y fomentar el empleo en el conjunto de las flotas que operan en la pesquería» (FJ 5º). Por otro lado, también se ha motivado en la Exposición de Motivos de la orden impugnada, así como en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, por lo que no se puede tampoco estimar el presente motivo.

En quinto y último lugar, la recurrente alega la nulidad del apartado 1 del artículo único de la Orden APM/400/2018, por infringir el art. 9.3 del Reglamento (UE) 2016/1627 que señala «El número máximo de buques pesqueros con pabellón de un Estado miembro participantes en la pesquería de atún rojo, y el correspondiente arqueo bruto total, se limitará al número, y al arqueo bruto total correspondiente, de buques pesqueros con pabellón de ese Estado miembro que hayan capturado, retenido a bordo, transbordado, transportado o desembarcado atún rojo del 1 de enero de 2007 al 1 de julio de 2008. Ese límite se aplicará por tipos de artes a los buques de captura». Así, aduce la recurrente «la reclasificación que la Orden hace de las flotas artesanales del Estrecho y del Mediterráneo como autorizadas para la pesca dirigida contraviene el art. 9.3 del Reglamento (UE) 2016/1627. La derogación temporal, en cuanto a la limitación del número de buques y almadrabas, que para los años 2018, 2019 y 2020 introduce el apartado 45 de la Recomendación CICAA 2017-07 cede ante el hecho de que dicha Recomendación no entró en vigor hasta varios meses después de publicarse la Orden recurrida (10 de agosto de 2018). Máxime cuando la excepción prevista en tal apartado 45 no está contemplada en el Reglamento (UE) 2016/1627 de aplicación directa en España y vigente a la entrada en vigor de la OM. Debiéndose tener en cuenta el carácter finalista de aquella excepción, que se compadece mal con el hecho de que España viniera agotando, año tras año, sus posibilidades de pesca» (FJ 6º).

Sin embargo, el Reglamento 2016/1627 no fue modificado para incluir las modificaciones de la Recomendación CICAA 2017-07 sino que ésta enmendaba la anterior 2014-04, igual que ocurrió con al 2018-02 que fue la que sustituyó el plan de recuperación para el atún rojo por un Plan de Ordenación

plurianual y fue esta nueva recomendación la que dio lugar a la modificación del Reglamento 2016/1627 a través del Reglamento (UE) 2019/833, de 20 de mayo. Además, las recomendaciones de la ICCAT son normas de Derecho internacional obligatorias para las partes contratantes, por lo que el cumplimiento de la misma es de obligado cumplimiento para la UE y para España, aunque no se hubiera traspuesto a un reglamento.

El Reglamento (UE) 2018/120 se publicó el 31 de enero incluyendo una previsión inicial de embarcaciones, que podría modificarse con posterioridad y, entre las obligaciones internacionales, se encontraba la elaboración de un plan de pesca, inspección y ordenación de capacidad de cada año, antes del 15 de febrero. Así, en la reunión anual de la CICAA de 2017 se aprueba la Recomendación 2017-07 que establece las toneladas de pesca permitidas en el Atlántico oriental y en el Mediterráneo asignados a las Partes, Entidades o Entidades pesqueras no contratantes para 2018, 2019 y 2020. En abril de 2018 se aprobó el Plan de capacidad de inspección de pesca de la Unión debiéndose entonces modificar las cifras y, de acuerdo con ello, España actualizó el número de embarcaciones de conformidad con la Orden que aquí se impugna, con una actualización de las cifras de buques autorizados a la pesca BFT a través de una modificación del Reglamento 2018/120 de acuerdo con los plazos establecidos en la normativa. De forma que no puede prosperar este motivo pues, si bien el Reglamento 2016/1627 no incluía la modificación de la Recomendación 2017-07, la autorización de un número mayor de embarcaciones es conforme tanto con la normativa internacional como con la normativa interna expuesta (FJ 6º).

Irene VÁZQUEZ SERRANO
Universidad de Murcia

III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

A continuación, analizaremos cuatro sentencias que muestran la capacidad de los tratados internacionales de modular el derecho interno. En primer lugar, dos recursos de casación resueltos por el TS sobre el derecho a un juez imparcial; un recurso de amparo en materia de igualdad y no discriminación; y, por último, la controvertida Sentencia del TC acerca de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable en relación con el art. 3 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (CEDH).

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Penal, Sección Primera, núm. 64/2021)
de 28 de enero de 2021**

Recurso de casación 10613/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet*

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Pleno, núm. 91/2021)
de 22 de abril de 2021**

Demanda de amparo 1403/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas*

En primer lugar, analizaremos el FJ 6º de la Sentencia 64/2021 del TS que, si bien ha sido analizada en el apartado relativo a la jurisdicción universal (asunto *asesinato de los Jesuitas en El Salvador*), lleva a cabo un análisis minucioso de qué se entiende por juez imparcial al alegar el recurrente parcialidad en el juzgador por «la existencia de un interés directo» durante la instrucción de la causa «porque él había acudido a abrir un acto de homenaje a Clemente y había sido profesor de la Universidad de Deusto perteneciente a la Compañía de Jesús», causa que fue alegada durante la instrucción y, de nuevo, durante el juicio oral. En Segundo lugar, examinaremos también el FJ 5º de la Sentencia 91/2021 del TC, en la que el demandante de amparo alega la vulneración del derecho a una juez imparcial basada, por un lado, en diversas recusaciones formuladas a lo largo de todo el procedimiento y, por otro, en el denominado *rol inquisitivo* que, entiende el demandante, ha sido asumido por el presidente de la sala en uno de los interrogatorios del juicio oral. Para ello, ambos tribunales parten de la aplicación del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (CEDH) celebrado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, y de la doctrinal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Así, en ambas sentencias se destaca que la imparcialidad judicial se encuentra contemplada en el art. 6.1 CEDH que señala: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial (...)». Y así, la doctrina del TEDH sobre el derecho a un juez imparcial, analizada por el TS en su auto 25/2015, de 25 de febrero, puede resumirse en la Sentencia del TEDH, de 6 de enero de 2010, caso *Vera Fernández Huidoro v. España* en la que señala que «la imparcialidad se define normalmente por la ausencia de prejuicios o de

toma de posición», diferenciando el tribunal dos fases: a. fase subjetiva, «en la que trata de determinar el tribunal lo que el juez pensaba en su fuero interno o cuál era su interés en un asunto concreto» y b. fase subjetiva, aquella que lleva a indagar si el juzgador ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima (véase asuntos *Piersack v. Bélgica*, de 31 de octubre de 1982, y *Grievés v. Reino Unido*, de 16 de diciembre de 2003), teniendo en cuenta que, incluso, las apariencias pueden ser importantes (asunto *Castillo Algar v. España*, de 28 de octubre de 1998).

Así, acerca de si existe motivo suficiente para temer que un órgano no tenga la parcialidad requerida, el punto de vista de quién duda es importante pero no es decisivo. Al contrario, el elemento determinante será saber «si las pretensiones del interesado pueden considerarse justificadas» (*Ferrantelli y Santagelo v. Italia*, de 7 de agosto de 1996, párr. 58), considerándose, en todo caso, que la imparcialidad de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (*Hauschildt v. Dinamarca*, de 24 de mayo de 1989, párr. 47).

Ahora bien, ante la dificultad de establecer una violación del art. 6 CEDH por parcialidad subjetiva, la mayoría de los asuntos plantean la parcialidad objetiva (a pesar de las dificultades de diferenciar ambas nociones pues «no solamente la conducta misma de un juez puede, desde el punto de vista de un observador exterior, acarrear dudas objetivamente justificadas en cuanto a su imparcialidad (aspecto objetivo), sino que también puede afectar a la cuestión de su convicción personal (aspecto subjetivo)» (asunto *Kyprianou v. Chipre*, párr. 119).

Así, si analizamos la jurisprudencia del TEDH podemos distinguir dos tipos de situaciones susceptibles de relevar un defecto de imparcialidad en el juez: a. La de orden funcional, que ampara los asuntos en los que el comportamiento personal del juez no se cuestiona en absoluto, pero donde, por ejemplo, el ejercicio por la misma persona de diferentes funciones en el marco de un proceso judicial (asunto *Piersack*, ya citado) o los vínculos jerárquicos u otros con otra parte del proceso (véase asunto *Miller y otros c. Reino Unido*, núm. 45.825/99, 45.826/99 y 45.827/99, 26 de octubre de 2004) plantean dudas objetivamente justificadas sobre la imparcialidad del tribunal, pues no responde a los preceptos del Convenio de acuerdo a la fase objetiva. b. La de orden personal, por su parte, se refiere a la conducta de los jueces en un asunto determinado.

De forma que, desde un punto de vista objetivo, una conducta similar puede ser suficiente para fundamentar temores legítimos y objetivamente justificados (asunto *Buscemi v. Italia*, núm. 29.569/95, párr. 67) pero también po-

dría plantear problemas en cuanto al aspecto subjetivo (asunto *Lavents v. Letonia*, núm. 58.442/00, de 28 de noviembre de 2002), en cuanto a que podrían dejar ver *prejuicios personales* por parte de los jueces. Por lo tanto, dependerá de las circunstancias del litigio el hecho de acudir a la fase subjetiva, a la fase objetiva o a ambas (asunto *Micallef v. Malta*, de 15 de octubre de 2009).

Sentencia del Tribunal Constitucional

(Sala Segunda, núm. 153/2021)

de 13 de septiembre de 2021

Recurso de amparo 1797/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas*

En esta ocasión analizamos el recurso de amparo del TC contra el Auto del TS, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2021, dictado en el recurso de casación para la unificación de doctrina; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de fecha de 4 de febrero de 2019, dictada en el recurso de suplicación; y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid, de 6 de junio de 2018, dictada en procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

La demandante de amparo alega, en concreto, que desde que solicitó una reducción de jornada por cuidado de hijo menor de doce años, «fue apartada de la plaza que ocupaba en el servicio de la unidad de cuidados intensivos pediátricos y neonatales —que había adquirido por promoción interna— para pasar a prestar servicios en pre-admisión y los martes y miércoles en la consulta externa de alergología, sin explicación o justificación alguna. Tras solicitar una modificación de la reducción de jornada, ampliándola al 78,57 por 100, considera que la situación empeoró: no se respetó la permanencia en el puesto que ocupaba en la UCI pediátrica, siendo asignada a diversos puestos, a diferencia de otras dos trabajadoras que habían solicitado antes reducción de jornada, sin que se le ofreciera explicación alguna de por qué ellas podían permanecer en la UCI pediátrica. Aducía, asimismo, que se le impedía la realización de horas extraordinarias, remuneradas económicamente por considerarlo «inmoral». Sin embargo, sí se le permitía la realización de horas nocturnas extraordinarias de diez horas, compensándolas con dos días (ocho horas), mientras que al resto del personal sin reducción de jornada se le compensan con dos días (catorce horas) o bien mediante el correspondiente abono en nómina de esas horas extraordinarias. Finalmente, denunciaba «los constantes comentarios despec-

tivos» por la supervisora de enfermería en el servicio de urgencias, lo que le había generado cuadros de ansiedad y otros trastornos».

Tanto la empresa demandada como el Ministerio Fiscal se opusieron a la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación pues, si bien la recurrente se comparaba con otra compañera, a quien se le había reducido una hora, ésta podía cubrir en el turno de mañana y se garantizaba la continuidad de asistencia en el servicio. Sin embargo, en el caso de la recurrente el *trato desigual* obedecía a que la UCI pediátrica demanda una continuidad de asistencia alta que no hay en el servicio de urgencias.

El TS resuelve el recurso de amparo por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación del art. 14 CE a consecuencia del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo. Argumenta la recurrente que «la reducción de jornada por cuidado de hijo constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de circunstancias personales del art. 14 CE, con cita genérica del Derecho de la Unión Europea (*Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tratado de Lisboa, *Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996 relativa al acuerdo marco sobre permiso parental* y *Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el acuerdo marco sobre el permiso parental de 18 de junio de 2009*). Cita, asimismo, el Derecho nacional (concretamente la *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* y el *Estatuto de los trabajadores*) y la jurisprudencia constitucional (entre otras, la STC núm. 26/2011, de 14 de marzo). Sostiene que una interpretación acorde a la realidad social implica que «la protección de la mujer embarazada y la maternidad son derechos merecedores de una protección superior a la que se dispensa a otros derechos y valores constitucionales». Protección que ha de comprender, conforme a la doctrina constitucional, la prohibición de un resultado peyorativo para la mujer a consecuencia del ejercicio de cualquier derecho relacionado con la maternidad (entre otras, STC núm. 162/2016, de 3 de octubre)» (Antecedente 3º).

El TS, en su FJ 3º, lleva a cabo un análisis del derecho a la igualdad y discriminación por razón de circunstancias personales del art. 14 CE que, siguiendo los pasos de la recurrente, reconduce después a una discriminación por razón de sexo. Así, señala el TS, en la STC núm. 79/2020, «el derecho a la igualdad reconocido en el primer inciso del art. 14 CE exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o

carentes de una justificación objetiva y razonable» (FJ 5º), pues «lo que prohíbe el principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado» (FJ 4º a).

Además, indica que en el ámbito laboral «en desarrollo del art. 14 CE, «la legislación laboral (arts. 4.2 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET) ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral» (FJ 4º, b).

En cuanto a los diversos derechos que se asocian a la maternidad y, en concreto, los relativos a la conciliación de la vida familiar y laboral, el ordenamiento jurídico «los otorga indistintamente al hombre y a la mujer «con el objeto de estimular cambios en la cultura familiar y promover el reparto de responsabilidades», al tiempo que sirven para a mitigar «las dificultades y desventajas que agravan la posición de la mujer trabajadora» aún hoy día. Se trata, además, de derechos cuyo menoscabo incide de modo singular en las mujeres, en tanto en cuanto estas asumen en mayor medida el cuidado de los hijos de corta edad, y sufren por ello mayores dificultades, tanto en el acceso al trabajo, como en su promoción e igualdad sustancial dentro del mismo, y en la conciliación. Y, entre esos derechos se encuentran, (...) el derecho a la excedencia laboral por cuidado de hijos y el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal» (FJ 5º)

Por su parte, en la STC núm. 3/2007, de 15 de enero, en su FJ 5º, el tribunal reconoció la dimensión constitucional de estos derechos y, en concreto, del de reducción de jornada por guarda legal previsto en el art. 37.6 ET, «tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). Asimismo, ha confirmado la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las «circunstancias familiares» en un caso en que quien las reclamaba era un hombre (STC núm. 26/2011 de 14 de marzo), precisando que «[l]a prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parifica-

ción, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares» y que «la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores (...) ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento» (FJ 5).

Las medidas de conciliación están, en definitiva, vinculadas al mandato de protección de la familia, de los hijos y de la infancia, conforme al art. 39 CE, que son los primeros beneficiarios de las mismas. Su reconocimiento y ejercicio, tanto por mujeres como por hombres, es además esencial para erradicar la discriminación por razón de sexo que aún sufren las mujeres (art. 14 CE), debido a los estereotipos de género y estigmas que en el ámbito laboral han estado tradicionalmente asociados a la maternidad y a las tareas de cuidado familiar, en detrimento de su acceso, permanencia y promoción en el empleo.

En esta línea, la Gran Sala del TEDH ha declarado que los permisos parentales se deben otorgar tanto a las madres como a los padres para evitar reproducir estereotipos de género («causa y manifestación de las desigualdades en la sociedad y que perpetúan roles tradicionales de mujeres y hombres en relación con el cuidado y atención de los hijos»), que perjudican tanto de la vida laboral de la mujer como de la vida familiar del hombre. Se trata de una interpretación del art. 8 CEDH (vida familiar) en conjunción con el art. 14 CE (principio de igualdad), de acuerdo con la evolución de la sociedad europea (Sentencia de 22 de marzo de 2012, asunto *Konstantin Markin c. Rusia*, párrs. 141-143).

En la misma línea, el Tribunal de Justicia de la UE ha declarado que la atribución de la titularidad de determinados permisos y derechos de conciliación tan solo a las madres trabajadoras puede «contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental», por lo que no coadyuvan a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal ni, en consecuencia, contribuyen a evitar o compensar, conforme al art. 157.4 TFUE, «las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas» (Sentencia de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009, *Manuel Roca Álvarez*, párrs. 36 y 38).

Más recientemente, la nueva *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores* pone de manifiesto en su Preámbulo que «las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios» (considerando 6). Al mismo tiempo, señala que «los trabajadores que ejercen su derecho a acogerse a un permiso o a fórmulas de trabajo flexible según lo previsto en la presente Directiva deben estar protegidos contra la discriminación o contra cualquier trato menos favorable por este motivo» (considerando 40) (FJ 4º d).

Así, el TC, en relación con el derecho a la reducción de jornada por guarda legal, ya declaró en su Sentencia núm. 3/2007 que incurren en discriminación indirecta por razón de sexo las decisiones contrarias a su ejercicio o indebidamente restrictivas del mismo. Declaración sustentada en que en aquel momento eran las mujeres las que «de forma casi exclusiva solicitaban este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos» (FJ 5º). De modo que por las «circunstancias sociales» del momento (o «por imposición de la realidad social», en palabras de la Sentencia del TC núm. 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6º) eran mayoritariamente las mujeres quienes en la práctica sufrían las consecuencias de cualquier menoscabo de este derecho.

Y, como recuerda la Sentencia del TC núm. 91/2019, de 3 de julio, «constituye discriminación indirecta el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo. Obviamente, salvo que este tratamiento responda a una finalidad legítima y utilice medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla» (FJ 10º); concepto éste de *discriminación indirecta* que asume el elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, y que se encuentran también expresamente recogido en el Derecho de la Unión Europea (art. 2.1 de la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*), como en el ordenamiento interno (*Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres*, que incorpora el acervo comunitario en este ámbito y define en su art. 6.2 la discriminación indirecta como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un

sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados»). Por último, como reitera la STC núm. 71/2020, de 29 de junio, en su FJ 3º, la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística; en su caso a datos estadísticos actualizados de oficio por el tribunal» (FJ 4º e)

A la luz de la doctrina mencionada, el TC concluye desestimar la demanda de amparo interpuesta.

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Pleno, núm. 169/2021)
de 6 de octubre de 2021**

Recurso de inconstitucionalidad 3866/20215

Ponente: *Excmo. Sr. D. Pedro José González-Trevijano Sánchez*

El Tribunal Constitucional (TC) analiza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Catalán de Convergencia i de Unió, IU, ICV-EUiA, CHA, la Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia, Vasco (AEJ-PNV) y Mixto contra los apartados 24, 25, 26, 38, 51, 78, 234, 251, 256 y 257 del artículo único de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo del Código Penal* que da una nueva redacción a los artículos 33.2 y 9, 35, 36, 76.1 e), 78 bis, 92, 140, 485.1, 607.1 1º y 2º y 607 bis 2. 1º del CP sobre la prisión permanente revisable.

A los efectos que nos interesan acerca de los efectos de la aplicación de un tratado internacional, nos centraremos en el motivo de inconstitucionalidad que alude a la posible vulneración de la prisión permanente en relación con la prohibición de las penas inhumanas o degradantes contenidas en el art. 3 CEDH y en el art. 15 CE al tener una duración desmesurada que produce en el penado graves padecimientos psíquicos, así como un deterioro de su personalidad. Además, su carácter revisable es teórico, pues viene desmentido por la «indeterminación del criterio legalmente exigido para el acceso a su suspensión» (el de reinsertabilidad), disipando al penado de toda esperanza factible de alcanzar la libertad sin excluir que en ningún caso se convierta en una pena perpetua, señalan los recurrentes.

Así, continúan los recurrentes, el propio TEDH ha reconocido expresamente que «un riguroso encarcelamiento de por vida sin expectativas de libertad es inhumano y atentatorio de la dignidad del penado que lo sufre (...) la cadena perpetua es denigrante porque priva al reo de forma absoluta y de por vida de su autonomía personal, le ocasiona padecimientos psíquicos de gran intensidad y produce tal deterioro de su personalidad que equivale a una pena de naturaleza corporal». Añaden, además que «el carácter revisable de la pena no la convierte en una pena humana, porque se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y porque los criterios de revisión para su salida en libertad condicional establecidos en la ley no dependen de la autonomía del reo ni le permiten responsabilizarse de la duración de su encierro», considerando que no se cumple la doctrina del TEDH relativa a que el reo tiene derecho a conocer desde el inicio lo que debe hacer para que se considere su liberación, así como las condiciones que son aplicables.

En sentido contrario se pronunció el Abogado del Estado, al señalar que «la pena de prisión permanente revisable española cumple los parámetros de revisabilidad fijados por la doctrina del TEDH y de este tribunal y que a esta pena le es aplicable el principio de tratamiento individualizado y con ello los beneficios penitenciarios que permitirán el disfrute de permisos de salida y del régimen de semilibertad, lo que elimina su carácter inhumano. Los periodos de seguridad que dilatan el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y a la libertad condicional son legítimos en la medida en que tratan de asegurar el principio de proporcionalidad, la retribución del delito y la protección de la sociedad ante supuestos muy graves de vulneración del derecho a la vida. Rebate, asimismo, que los fallos en los juicios pronóstico de reinsertabilidad de los penados sean relevantes en el enjuiciamiento de la ley impugnada porque dicho riesgo existiría con cualquier otra pena, y porque lo decisivo es que el tratamiento penitenciario y el trabajo con los internos permita precisamente ir probando esa reinsertabilidad».

El TC analiza en el FJ 4º los dos fundamentos que han sido aducidos en relación a la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable en cuanto a que vulnera la prohibición de las penas inhumanas o degradantes contenidas en el art. 3 CEDH y 15 CE: en primer lugar, su duración temporal, esto es, la posibilidad de que la pena devenga perpetua; y, en segundo lugar, sobre la afflictividad de la pena o la intensidad de los sufrimientos psíquicos y morales para el penado que derivan de su duración.

Nuestro TC lo abordó, en relación a la decisión de extradición pasiva de nacionales italianos, en cuyo país de origen podían ser condenados al

ergastolo o prisión perpetua, señalando que: «En cuanto al carácter eventualmente perpetuo de la pena de *ergastolo* hemos reiterado, que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues ‘depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (STC 65/ núm. 1986, de 22 de mayo, FJ 4º); consideraciones llevadas a cabo también por el TEDH en interpretación del art. 3 del CEDH (asunto *Tyrer v. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, párr. 71), en el que se dispuso que incumbía al demandante la carga de acreditar «que su ejecución haya de consistir en un riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización».

Así, tanto el TC como el TEDH han señalado que se debía garantizar de forma necesaria y suficiente el derecho a la vida, la integridad física y la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes en el ámbito extradicional, de forma que, en el caso de imponerse la pena de cadena perpetua, «el cumplimiento de la misma no será indefectiblemente «de por vida» (asunto *T. y V. v. Reino Unido*, de 16 de noviembre de 1999). Esto es, «a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida» (Sentencia del TC núm. 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 16ª).

Sin embargo, en el recurso de inconstitucionalidad que analizamos, la prisión permanente revisable no puede ser analizada a la vista de este tipo de procedimientos de auxilio judicial internacional (extradición) al no valorarse la humanidad de la pena sino la fiabilidad y la suficiencia de las garantías que el Estado extranjero ofrece respecto de la persona que sería entregada y que recibirá un trato compatible con la dignidad humana. El análisis debe, por tanto, centrarse en la prisión permanente revisable y su compatibilidad con la interdicción de las penas y tratos inhumanos.

Al no existir precedentes homologables (no pueden considerarse tales la cadena perpetua o la reclusión perpetua abolidas por el CP de 1928 y «que agravaban la privación de libertad con la imposición de trabajo forzado en beneficio del Estado y limitaban las posibilidades de liberación a la concesión del indulto») es necesario atenernos al marco axiológico referencial ofrecido por las condiciones o exigencias que vienen impuestas y se asumen en los países de nuestro entorno jurídico y cultural, de acuerdo con el art. 3 CEDH, cuestión que además es perfilada por la doctrina del TEDH.

En esta doctrina del TEDH constituyó un hito la Sentencia de Gran Sala, de 12 de febrero de 2008, asunto *Dafkaris v. Chipre*, al establecer que «la prisión perpetua no infringe el mandato prohibitivo de las penas inhumanas o degradantes del art. 3 CEDH, ni ningún otro valor garantizado en el meritado convenio, cuando la legislación interna que la contempla es capaz de proporcionar al reo una posibilidad de revisión en forma de conmutación, remisión, terminación o liberación condicional, es decir, cuando la pena sea redimible *de iure* o *de facto*. No se considera irredimible una pena por el solo hecho de que pueda ser cumplida en su integridad, esto es, toda la vida del reo».

Más tarde, la doctrina ya consolidada se ve ampliada por la Sentencia también de Gran Sala, de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter y otros v. Reino Unido* que señala que «los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos (...). El Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad (...). Asimismo, evitar que un delincuente vuelva a reincidir es una de las ‘finalidades esenciales’ de una pena de prisión (...). Estas cuestiones son especialmente relevantes en casos de personas condenadas por asesinato u otros delitos graves contra las personas. El mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad» (párr. 108). Así, los mecanismos de revisión que preservan la humanidad de la pena tienen que supeditarse a la evolución personal del reo, ya que «el artículo 3 exige la posibilidad de reducir la pena, entendida esta posibilidad en el sentido de que es necesario establecer un mecanismo de revisión que permita a las autoridades nacionales evaluar si los cambios experimentados en la persona condenada a cadena perpetua son tan importantes y que se han hecho tales progresos hacia la rehabilitación en

el transcurso del cumplimiento de la condena, que el mantenimiento de la pena de prisión no está ya justificado en ningún motivo legítimo de política criminal» (pár. 119); y deben estar asimismo predeterminados, pues «una persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca. En consecuencia, cuando el derecho nacional no prevea ningún mecanismo de revisión de una pena a cadena perpetua, la incompatibilidad de este tipo de pena con el artículo 3 se produciría en el mismo momento en el que se impone la pena a cadena perpetua y no con posterioridad en algún momento del transcurso de la condena» (párr. 122). Doctrina que ha sido recogida en distintas sentencias hasta nuestros días (Sentencia de 8 de julio de 2014, asunto *Harakchiev y Tolumov v. Bulgaria*, párrs. 243-246; Sentencia de 4 de septiembre de 2014, asunto *Trabelsi v. Bélgica*, párrs. 112-115; Sentencia de 26 de abril de 2016, asunto *Murray v. Países Bajos*, párrs. 99-100; y Sentencia de 13 de junio de 2019, asunto *Marcello Viola v. Italia*, párr. 92).

Así pues, el TC adapta esta doctrina a nuestra realidad jurídica y señala que el *test de humanidad* debe comprobar: (i) que la pena sea objetivamente revisable; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista; (iii) el procedimiento de recuperación de la libertad debe estar predeterminado; (iv) la decisión liberatoria debe incluir la evolución individual que ha experimentado el reo durante la ejecución de la condena; y (v) el reo debe recibir voluntariamente, no forzosa, el tratamiento que sea adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer su evolución.

Los cuatro primeros apartados se encuadrarían en lo que el TEDH denomina «reductibilidad *de iure*», «que se refieren a la configuración jurídica de la pena y, en particular, de los presupuestos y del procedimiento para alcanzar la libertad; el quinto, es el de la «reductibilidad *de facto*», pues se refiere a una actividad prestacional u obligacional positiva del Estado, concebida como obligación de medios, no de resultado, de proporcionar al interno un tratamiento adecuado a sus necesidades y circunstancias que posibilite su evolución personal, haga factible su esperanza de liberación» (asunto *Murray v. Países Bajos*, párrs. 103, 104 y 112).

De acuerdo con el TC, la irreductibilidad *de iure* queda suficientemente garantizada al examen obligatorio, actualizado y periódico, que debe realizar el tribunal sobre la evolución personal del interno y de sus condiciones de ingreso en la sociedad «tras un procedimiento oral contradictorio en el

que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado» (art. 92.1 CP). Por cuanto respecta a la reductibilidad *de facto*, plantea un problema de naturaleza diferente que depende de la aplicación diligente de los institutos resocializadores del ordenamiento penitenciario que suscita, a su vez, un problema de suficiencia de medios aportados por la propia administración pública para el éxito en el tratamiento penitenciario. Sin embargo, la inconstitucionalidad de la norma no puede basarse en la disponibilidad: «se trata de una cuestión que, por estar relacionada con la aplicación de la ley, no es susceptible de integrar el juicio abstracto de constitucionalidad, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse en otros ámbitos» (FJ 4º). Fundamentación que lleva, así, al TC a desestimar el motivo presentado por los recurrentes.

Sin embargo, resulta interesante la lectura del *Voto particular que formulan los magistrados don Juan Antonio Xios Ríos, don Cándido Conde-Pumpido y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3866-2015*. En concreto, en relación con el motivo de inconstitucionalidad que analizamos (la posible vulneración de la prisión permanente en relación con la prohibición de las penas inhumanas o degradantes contenidas en el art. 3 CEDH) al señalar los magistrados que la proyección de los principios de no limitación («ninguna de las disposiciones del presente convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte», art 53 TEDH), de no regresión («con carácter general, proscribire el retorno peyorativo en el nivel de consolidación de una situación generada a partir de la comprensión del contenido de un derecho fundamental o de mandatos, valores y principios constitucionales sin razones extraordinarias que lo justifique») y de progresividad en España («aun en ausencia de un pronunciamiento expreso en la Constitución sobre la abolición de penas potencialmente perpetuas, la mera declaración constitucional del mandato de reinserción social se ofrece, con apoyo en el principio de progresividad, como fundamento contra la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable») interpretados en su conjunto, son un argumento fundamental contra la constitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable.

Por último, interesante resulta también el *Voto particular adicional que formula el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3866-2015* que disiente de la opinión ma-

yoritaria acerca de la legalidad de la prisión permanente revisable en relación con el CEDH pues, como bien sabemos, «respetar el [CEDH] no es, en todos los casos, respetar la Constitución. La jurisprudencia del TEDH expresa un estándar mínimo común para todos los países firmantes que la Constitución de cada Estado puede incrementar, lo que impide una traslación mimética de sus pronunciamientos que ignore las diferencias normativas existentes entre aquella y éste (Sentencia núm. 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8º, y Sentencia núm. 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6º).

En este caso, dicho estándar mínimo se refiere únicamente a la compatibilidad de la prisión perpetua con el art. 3 CEDH, que prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes, pero no toma en consideración el resto de los mandatos del Convenio que puedan ser equivalentes a los que han sido alegados en el recurso de inconstitucionalidad (proporcionalidad, taxatividad y mandatos de reeducación y reinserción social)».

Irene VÁZQUEZ SERRANO
Universidad de Murcia

IV. DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y A LA PENA IMPUESTA Y LA VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 5.4 LOPJ

Desde el Dictamen del 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se había venido condenando a España en diversas ocasiones por no garantizar la revisión completa de la pena y de la condena en el recurso de casación. Pero no fue hasta la *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* que se incluyó un nuevo artículo 846.ter en la LECrim que permitió recurrir los autos de sobreseimiento libre o por falta de jurisdicción y aquellas sentencias dictadas en primera instancia por las AP o por las Salas de lo Penal de la AN, de forma que el TS podía valorar la prueba en el recurso de casación al ser éste el último garante de una decisión que podría ser arbitraria; es decir, «a consecuencia de la efectividad a que debe responder el recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el artículo 14.5º PIDCP» (Sentencia núm. 893/2007, de 31 de octubre, FJ 2º) pues, efectivamente, así lo señalaba no sólo el art. 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* («toda persona

declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley») sino también el art. 6.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* y el art. 2 del Protocolo núm. 7 del mencionado convenio europeo.

Auto del Tribunal Supremo
(Sala de lo Penal, Sección Primera, núm. 36/2020)

de 23 de diciembre de 2021

Recurso de casación 968/2021

Ponente: *Excmo. Sr. D. Javier Hernández García*

El TS resuelve un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la AP de Guadalajara en la que condenan al recurrente como autor de un delito de estafa impropia, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y se le absuelve del delito de estafa y del delito de insolvencia punible. Los motivos casacionales son tres: (i) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, al amparo del art. 5.4 LOPJ, pues la sentencia recurrida adolece de falta de justificación del pronunciamiento acusatorio; (ii) infracción de ley por error en la apreciación de la prueba basado en los documentos que obran en autos, al amparo del art. 849.2 LECrim; y (iii) infracción de ley, al amparo del 849.1 LECrim.

En cuanto al primer motivo casacional, según la doctrina de la Sala de lo Penal del TS, «la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, que conlleva que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discus-

sivo que conduce desde la prueba al hecho probado» (FJ 1º); se podrá revisar la prueba practicada en el juicio oral únicamente en cuanto a su estructura racional, esto es, se ha de comprobar que el tribunal respetó las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos pero, salvo irracionalidad o arbitrariedad, la casación no está destinada a «suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente» (FJ 1º). Y, entiende el TS, en el supuesto que nos ocupa, que se ha practicado prueba suficiente (testifical y documental) para considerar al recurrente responsable de los hechos condenados y enervar así el derecho a la presunción de inocencia.

Además, recuerda el TS que, en relación a las sentencias penales específicamente, la motivación debe abarcar tres aspectos relevantes: (i) fundamentación del relato fáctico que se declara probado, (ii) subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas) y (iii) consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena. La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero en cualquier caso una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque los tres aspectos anteriormente indicados, con la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver (SSTS 26 de abril y 27 de junio de 1995). Existiendo, en la sentencia que nos ocupa, un razonamiento probatorio que excluiría la arbitrariedad en la decisión (FJ 1º).

Por cuanto respecta al segundo motivo, error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, la Sala de lo Penal del TS exige para que prospere este motivo de casación del art. 849.2º LECrim (centrado en el error de hecho) que se funde, en primer lugar, en una verdadera prueba documental y no de otra clase (como las pruebas personales, por más que estén documentadas); en segundo lugar, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio poder demostrativo directo del documento, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; y, en tercer lu-

gar, que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (STS núm. 1653/2002, de 14 de octubre). Así, señala el TS, el motivo debe inadmitirse porque no es posible dar una valoración distinta de la que dio la Sala de instancia, tal y como pretende el recurrente: revisar toda o gran parte de la prueba.

El último motivo aducido por el recurrente señala la falta de engaño, dolo o ánimo de lucro o disposición patrimonial. Sin embargo, en relación con el 849.1º. LECrim, la casación obliga a respetar los hechos probados de la sentencia recurrida, pues en el recurso de casación solo se tratan problemas de aplicación de la norma jurídica y éstos han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 LECrim). Y señala el TS que de los elementos fácticos resultan los elementos del delito de estafa por lo que también este motivo debe ser inadmitido, sin que haya lugar a la admisión del recurso de casación.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Primera, núm. 99/2020)

de 23 de diciembre de 2021

Recurso de casación 4779/2021

Ponente: *Excmo. Sr. D. Javier Hernández García*

El recurrente interpone recurso de casación contra la Sentencia de la AP de Almería en la que lo condenan como autor de un delito de agresión sexual sin circunstancias modificativas a las penas de seis años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de falsedad, y un año y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, la prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio durante diez años y libertad vigilada durante cinco años, junto a la obligación de participar en programas de educación sexual.

El recurrente interpuso un único motivo casacional: vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al amparo del art. 5.4

LOPJ al entender que había sido condenado mediante una prueba de cargo insuficiente, indicando que debería haberse tenido en cuenta que, durante la instrucción, se sobreyeron las actuaciones por existir contradicciones entre las declaraciones de la víctima, de ésta con su pareja y por ausencia de ADN del mismo.

Como viene señalando el TS y ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad, la función casacional que tiene la Sala en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) se limita a comprobar únicamente tres aspectos: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

Y es que, «el ámbito del control casacional vinculado a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones». Por el contrario, «no se trata de comparar conclusiones, sino -más limitadamente- de si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena» (Sentencias del TC núm. 1333/2009, 104/2010 y núm. 259/2010). Esto es, la función casacional consiste en controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justificó su decisión, quedando fuera la posibilidad de que el TS pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde en exclusiva a ese Tribunal (art. 741 LECrim).

Por cuanto respecta al principio *in dubio pro reo*, «a pesar de las relaciones entre el principio de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, puestas de relieve de forma reiterada por este Tribunal desde las Sentencias 31/1981, de 28 de julio y 13/1982, de 1 de abril, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico *favor rei*, existe una diferencia sustancial entre ambos: el principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales» (STC, núm. 16/2000); es decir, implica la existencia de una prueba contradictoria que los Jueces, de acuerdo con el art. 741 LECrim,

valoran y, si como consecuencia de esa valoración se introduce un elemento de duda razonable y lógico respecto de la realidad de los hechos, deben absolver.

Así, razonando la condena del acusado en relación a los hechos, racionalidad de la pruebas e indicios y la declaración de la víctima (prueba de cargo fundamental) corroborada por la testifical y por las manifestaciones del acusado, se cuestiona por el recurrente la credibilidad que el juzgador otorga a la víctima y a la testifical practicada. Y es que la credibilidad o fiabilidad que el órgano juzgador conceda la prueba personal constituye la esencia de la valoración de esta clase de pruebas de naturaleza personal y, por ello, no son revisables en casación, tal y como se ha señalado, pues el grado de credibilidad de esta clase de pruebas está directamente relacionado con la intermediación con la que el Tribunal realiza su práctica, a quien corresponde evaluar la multitud de matices propios de esta clase de elementos probatorios cuyo análisis conjunto conforman el juicio de fiabilidad y crédito que se otorga al declarante, ventaja de la que no gozaron los órganos encargados de controlar la resolución de instancia (STS de 23 de mayo de 2002).

De hecho, la Sala de lo Penal del TS ya ha manifestado en otras ocasiones que la declaración de la víctima puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar la falta o decaimiento de presunción de inocencia, siempre y cuando dicha valoración de credibilidad la realice en exclusiva el Tribunal enjuiciador, el único que puede percibir la prueba en su totalidad, directa e inmediatamente, siendo revisable en casación únicamente la coherencia racional de la valoración del Tribunal y de las declaraciones de los testigos que, en este caso, no hay tacha alguna. De ahí que pueda concluirse que no se ha producido lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, declarando el TS no haber lugar a la admisión del recurso de casación.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Primera, núm. 104/2020)

de 23 de diciembre de 2021

Recurso de casación 4379/2021

Ponente: *Excmo. Sr. D. Javier Hernández García*

El recurrente interpone recurso de casación contra la Sentencia de la AP de Almería en la que lo condenan como autor de un delito de falsedad en documento privado, en concurso con un delito de estafa procesal, a la pena de nueve meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo

durante el tiempo de la condena por el delito de falsedad, y un año y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa por el delito de estafa procesal. Los motivos casacionales que manifestó el recurrente fueron dos: (i) infracción de ley, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo con base procesal en el art. 28 CP, pues no existe prueba de cargo para sustentar la condena: señala el acusado que fue absuelto en el proceso civil (en dicho procedimiento se practicó pericial que acreditaba la autenticidad del documento y la declaración del querellante, ya fallecido, no es prueba suficiente para la condena, por lo que no existen pruebas suficientes que corroborasen su versión). Existe, por lo tanto, cosa juzgada; y (ii) infracción de ley, al amparo del 849.2 LECrim, por indebida aplicación de los dispuesto en los arts. 136, 16 y 62 CP: se ha infringido el derecho a la presunción de inocencia del acusado, que prestó declaración sin contradicciones, explicando las funciones que corresponden a la Sala respecto de la valoración probatoria que realizan los Tribunales de instancia.

El TS analiza ambos motivos de forma conjunta. Así, en primer lugar, en cuanto a la existencia de cosa juzgada procedente de un procedimiento civil, segundo motivo señalado por el recurrente, de acuerdo con la sentencia recurrida, señala el TS que dicho procedimiento se encuentra suspendido por prejudicialidad penal. Pero, además, porque «no cabe duda que lo resuelto en otras jurisdicciones, incluida la civil, no producirá efectos de cosa juzgada, formal y material, en la jurisdicción penal, máxime si se tiene en consideración que muy diferentes son los procedimientos de una y otras jurisdicciones, y las motivaciones que puedan haber llevado a los intervinientes para adoptar, según el espacio jurisdiccional en el que actúen, una u otra posición procesal y estrategia material de actuación, con diferentes decisiones en orden a comparecer o no, alegaciones, contestaciones, y proposición de medios de prueba, aceptando o no lo resuelto, transigiendo o no, en función de los muy diversos intereses que las muevan. Es por ello que lo resuelto en cualesquiera otras jurisdicciones, además de no constituir verdad material, no podrá, como se dice, producir efectos positivos o negativos prejudiciales de cosa juzgada en la jurisdicción penal, constituyendo meramente elementos a valorar en su caso» (Sentencia del TS núm. 474/2020, de 24 de septiembre).

En segundo lugar, en relación con la presunción de inocencia, como ya se ha señalado en las sentencias anteriores analizadas, la función casacional encomendada a esta Sala, consagrado en el art. 24.2 CE, debe limitarse a la comprobación de tres aspectos: «a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese

material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba» (FJ único).

En este sentido, la AN examinó detalladamente las pruebas en las que se basó su convicción y entiende el TS que no existen los déficits probatorios declarados en el recurso y existe prueba de cargo suficiente, independientemente de que el recurrente comparta la valoración de las pruebas personales que realizó la AN que, de acuerdo con doctrina del TS, son *suficientes* y *hábiles* para destruir la presunción de inocencia.

De esta forma concluye el TS que «no se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia, para afirmar que el recurrente cometió los hechos por los que ha sido condenado, sin que tal razonamiento pueda ser considerado como ilógico o arbitrario y, en consecuencia, sin que en esta instancia pueda ser objeto de censura casacional», acordando la Sala no admitir el recurso a trámite.

Irene VÁZQUEZ SERRANO
Universidad de Murcia

V. APLICACIÓN DEL ART. 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

De entre las sentencias que han prestado especial atención a tratados internacionales al momento de interpretar derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico español, destacamos cuatro sentencias del TC que aportan luz sobre el valor hermenéutico del art. 10.2 CE. Sobresale especialmente por el contexto de la pandemia que seguimos viviendo, la sentencia del Pleno del TC sobre el recurso de inconstitucionalidad contra los Reales Decretos y Orden Ministerial relativos a la situación del COVID-19. Asimismo, se subraya una sentencia del Pleno del TC en materia del análisis de la (in) constitucionalidad de la prisión permanente revisable. Igualmente, el Pleno analiza en otra sentencia destacada, la posible vulneración de la prohibición de la carga tributaria excesiva a la luz de la doctrina del TEDH. Por último, se resalta la sentencia de la Segunda Sala del TC que refleja las diferentes y diver-

gentes interpretaciones en materia de discriminación étnica, no sólo entre distintos órganos judiciales, sino también al interior de los propios TS y TC, así como las distintas visiones acerca del asunto *Muñoz Díaz c. España* del TEDH revisado a lo largo del desarrollo judicial del caso. Entre los renglones de estas perspectivas, en ocasiones discordantes, se confirma de nuevo la relevancia a efectos interpretativos y sustantivos de los instrumentos internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (núm. 148/2021)

de 14 de julio de 2021

Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Pedro José González-Trevijano Sánchez*

Esta sentencia del Pleno del TC deriva de un recurso de inconstitucionalidad que fue interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

El Pleno considera los argumentos de los recurrentes que refieren, entre otros puntos, que la declaración de los estados del artículo 116 CE y de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, esto es, de los estados de alarma, excepción y sitio, requiere la concurrencia de los presupuestos previstos en el bloque de constitucionalidad y solo permite la adopción de aquellas medidas de protección de la salud y seguridad que sean estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Así, los recurrentes consideraron que el Gobierno, a través de los reales decretos impugnados, ha excedido aquellas medidas, infringiendo la CE, concretamente los arts. 55 y 116, y la Ley Orgánica 4/1981 y vulnerando varios derechos fundamentales. En relación con nuestro tema, estimaron que el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 ‘Limitación de la libertad de circulación de las personas’, que ordenó el con-

finamamiento domiciliario, supone una efectiva derogación de los derechos fundamentales del artículo 21 (derechos de reunión y manifestación) en relación con los artículos 10.2 y 17 CE. Al respecto, citan la sentencia del TEDH de 15 de octubre de 2015 (*Kudrevicius y otros c. Lituania*), por referencia a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE.

Sobre este último punto, la Abogacía del Estado alegó que el CEDH prevé (art. 2 del Protocolo núm. 4) la limitación del derecho de movilidad por razones de salud pública, lo que se señala a efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. Consideró que las medidas del artículo 7 están cubiertas por esta previsión del Convenio y por la jurisprudencia del TC. El Gobierno, autoridad competente en el estado de alarma (art. 4.1 del Real Decreto 463/2020), tras efectuar la correspondiente ponderación, ha concluido que establecer estas limitaciones temporales, con amplias excepciones, es una medida indispensable, sin que exista alternativa posible, para proteger la salud pública, y una medida que no sacrifica desproporcionadamente la libertad de circulación ni hace irreconocible el derecho.

Así, el TC analiza en el FJ 3º que los términos «limitación» o «restricción» significan de la «acción y efecto» de «reducir a menores límites» algún «derecho o facultad»; mientras que la «suspensión» implica una «cesación» o privación «temporal», que «impide temporalmente el ejercicio de un derecho». A este respecto y, ya en el ámbito normativo, hace referencia a la distinción que puede encontrarse en el CEDH, cuya virtualidad interpretativa en esta materia deriva del art. 10.2 CE. En efecto, por una parte, este admite la posibilidad de «restricciones» en el ejercicio de algunas libertades (de manifestar las propias convicciones; de expresión, de reunión y de asociación o de circulación: artículos 9, 10, 11 CEDH, y 2 del Protocolo núm. 4), cuando se den algunas circunstancias definidas más o menos genéricamente (medidas necesarias para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden o, en lo que ahora parece especialmente relevante, la protección de la salud o de la moral...). Por otra, prevé la adopción en casos especialmente graves (guerra u «otro peligro público que amenace la vida de la nación») de «medidas que deroguen» la protección de esos y otros derechos «en la estricta medida en que lo exija la situación» (art. 15.1); medidas que la doctrina, usualmente, califica de «suspensión» de las garantías derivadas del Convenio.

El Tribunal recuerda que esta última posibilidad exige que los Estados parte, según el propio CEDH, mantengan «plenamente informado al secretario general del Consejo de Europa (CoE) de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado», así como «de la fecha en que esas medidas hayan

dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación», lo que subraya su carácter esencialmente temporal (art. 15.3). Destaca que algunos Estados parte en el Convenio de hecho lo informaron así al secretario general del CoE, entre el 17 de marzo y el 8 de abril de 2020, para justificar las restricciones de derechos como la libertad de circulación en respuesta a la pandemia, a título de ejemplo Rumanía (decisión del TEDH, de 13 de abril de 2021, asunto *Terhe c. Rumanía*).

De este modo, el TC concluye que en lo que hace al concreto ámbito de los derechos fundamentales, la suspensión –que es, sin duda, una limitación– parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos; y que solo en ciertos casos, y respecto de ciertos derechos, puede venir amparada por el artículo 55.1 CE. Por el contrario, la limitación admite muchas más formas, al margen de la suspensión.

Así las cosas, el Tribunal indica que no puede compartir la tesis del Abogado del Estado, para quien la medida de limitación de la libertad de circulación medida no haría «irreconocible» el derecho, pues la medida tomada se acerca más a una suspensión de facto. En consecuencia, el Pleno del TC determinó la nulidad parcial del estado de alarma, esto es, de los preceptos que restringieron la libertad de circulación y habilitaron al ministro de Sanidad para variar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (núm. 169/2021)

de 6 de octubre de 2021

Recurso de inconstitucionalidad 3866/2015

Ponente: *Excma. Sra. D^a. Encarnación Roca Trías*

Como es bien sabido, el recurso de inconstitucionalidad sobre la prisión permanente revisable se interpuso por considerar que contradecía el artículo 25 CE, en cuanto al derecho de reinserción social, pero también que afectaba otros derechos fundamentales como el de no recibir penas inhumanas o degradantes o el principio de proporcionalidad de las penas.

El recurso de inconstitucionalidad fue presentado en 2015 por 50 diputados y diputadas del Congreso, en su mayoría del Partido Socialista Obrero Español, pero también de otros grupos parlamentarios como el Partido Na-

cionalista Vasco e Izquierda Unida, en relación con diversos apartados del artículo único de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*. En el recurso referido instaban a declarar inconstitucional la prisión permanente revisable por considerar que vulneraba la prohibición de las penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE y el art. 3 CEDH, los derechos a la libertad personal en conexión con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas (art. 17.1 CE), y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), y el mandato de resocialización (art. 25.2 CE), entre otros (*vid. supra* epígrafe III).

En la propia sentencia, se analiza la doctrina del TEDH «de innegable valor hermenéutico ex art. 10.2 CE para delimitar el contenido y alcance del art. 15 CE». Tras el estudio de varios casos de este órgano judicial regional, el TC hace notar que no se considera irredimible una pena por el solo hecho de que pueda ser cumplida en su integridad, esto es, toda la vida del reo y que, bajo la doctrina del TEDH, el mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad y de mantener en prisión a los reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad (FJ 4º). En el mismo fundamento jurídico, el TC toma en cuenta el argumento de la Abogacía del Estado de que no se vulnera el derecho a la reinserción en tanto que la pena de prisión permanente revisable no es por ello una prisión de por vida, sino una pena revisable (a partir del cumplimiento de 25 años de cárcel) pues los beneficios penitenciarios y la libertad condicional la concretan.

Así, el TC reconoce que el régimen jurídico de la revocación de la libertad condicional resulta constitucionalmente insatisfactorio por incompleto, aunque determina que de ello no se ha de seguir una declaración de inconstitucionalidad por omisión. Aclara, en consecuencia, que es «suficiente con fijar como única interpretación constitucionalmente conforme con los valores y derechos fundamentales en juego la de que, tras la revocación de la libertad condicional, habrán de estimarse subsistentes las exigencias impuestas al tribunal sentenciador en el artículo 92.4 del Código Penal de verificar, con una periodicidad bianual, el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la libertad condicional y de resolver las peticiones que el penado le dirija con los condicionamientos temporales establecidos en dicha norma» (FJ 9º, b.).

Decide el TC, por tanto, declarar que el régimen referido de revocación de la libertad condicional no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido establecido en el fundamento jurídico 9 b) -lo que para efectos prác-

ticos implica que se considera constitucional la prisión permanente revisable-, y desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Interesante asimismo desde el punto de vista de la aplicación del 10.2 de la Constitución, resulta el voto particular que formulan los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón. En él, los magistrados y magistrada discrepantes entienden que el fallo debería haber sido estimatorio y, por tanto, declarativo de la inconstitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable, con base en distintos argumentos desde la perspectiva de derechos fundamentales contemplados en la CE, y su conexión con el Derecho internacional de los derechos humanos vía el 10.2 CE. Consideran que el debate constitucional sobre esta pena debe someterse a la aceptabilidad legislativamente como indeterminada en cuanto a su plazo de duración y, además, potencialmente perpetua.

Desde su perspectiva, las penas de prisión indeterminadas y potencialmente son inconstitucionales por resultar contrarias a un conjunto de derechos fundamentales, principios y valores constitucionales que afectan con carácter general a su naturaleza, por un lado, de pena indeterminada en su extensión y, por otro, de pena que sea potencialmente a perpetuidad: el principio de la dignidad humana como fundamento del orden político (art. 10.1 CE), la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el mandato de que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

En cuanto al tema que más nos atañe, afirman los magistrados y magistrada firmantes que el desarrollo de los derechos humanos en el ámbito nacional cuenta con un mínimo indisponible en las previsiones de estos textos internacionales. En la Constitución aparece reflejado a través del mandato de interpretación conforme con «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE). Recuerdan los magistrados que, como ya ha reiterado la jurisprudencia del TC, si bien esta previsión no convierte a tales textos en canon de constitucionalidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ni da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados, en tanto no estén también reconocidos en la Constitución, en la práctica su contenido se convierte también en contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y libertades que

la Constitución reconoce (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8º). Por tanto, al margen del necesario diálogo entre los máximos órganos encargados de la interpretación de los derechos fundamentales dentro de su ámbito de competencias respectivo, que son conformadores de una comunidad jurídica común e interrelacionada, nunca podría concederse constitucionalmente menos que lo reconocido en el ámbito regional o universal de los derechos humanos (principio de interpretación conforme).

Establecen igualmente que el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y libertades a nivel nacional no queda limitado o se agota en el proclamado por los intérpretes de esos textos internacionales (principio de no limitación). Asimismo, a su amparo no podrían perjudicarse contenidos de los derechos y libertades fundamentales ya consolidados o que pudieran consolidarse conforme al nivel de reconocimiento estatal (principio de no regresión). Señalan la magistrada y los magistrados que ambos principios de no limitación y no regresión aparecen codificados y reconocidos en el ámbito del derecho regional europeo de los derechos humanos en el art. 53 CEDH, en el que se afirma que «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte». Se señala que un precepto de contenido similar se contiene en el art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Notablemente, y de forma poco frecuente en sentencias del TC, la magistrada y magistrados firmantes aluden también al principio de progresividad y señalan que los principios antes referidos deben complementarse con un tercero que aparece reconocido en el art. 2.2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* (PIDESC) al establecer el compromiso del logro progresivo de la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional, lo que ya se considera de aplicación a la totalidad del contenido del derecho universal de los derechos humanos.

Así, se concluye en el voto particular que «[E]n España la proyección de los principios de no limitación, de no regresión y de progresividad, interpretados en conjunto, se alza como un argumento fundamental contra la constitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable», conclusión que a juicio de quien suscribe es más acorde con el Derecho internacional de los derechos humanos por adecuarse a las normas y el espíritu normativo de los principios analizados. Aun así, resulta un tanto sorprendente que ni la sentencia misma ni el voto particular revisado, analizan la Conven-

ción de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la cual España es Estado Parte desde 1987, y que resultaría de clara aplicabilidad al presente caso.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (núm. 182/2021)

de 26 de octubre de 2021

Cuestión de inconstitucionalidad 4433-2020 (plantada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga)

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho*

Esta cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, respecto de diversos preceptos del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Versa sobre el análisis de la nulidad de los preceptos reguladores del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) que establecen un sistema objetivo y de imperativa aplicación para la determinación de la base imponible del tributo (Sentencias del TC núm. 59/2017 y núm. 126/2019).

Entiende el órgano judicial que plantea la cuestión que la aplicación de los preceptos legales impugnados, al establecer un sistema objetivo de cálculo de la base imponible del IIVTNU que no tiene en cuenta la capacidad económica del contribuyente, puede suponer una «carga fiscal excesiva» o «exagerada» que infrinja el principio constitucional de no confiscatoriedad en los supuestos en los que el importe de la cuota tributaria resultante, aun cuando no supera la plusvalía efectivamente obtenida con la transmisión del terreno urbano, sí representa una parte muy significativa de la misma (en el caso particular, un tipo de gravamen nominal del 27,50 por 100 sobre el teórico incremento de valor de un terreno, por el cual el contribuyente había soportado un tipo efectivo de casi un 60 por 100 de la ganancia realmente generada).

Lo interesante para efectos de nuestro tema es que la Sala de lo Contencioso-Administrativo propuso un análisis del principio de no confiscatoriedad a la luz de la jurisprudencia del TEDH, que «si bien no es parámetro de constitucionalidad, es herramienta hermenéutica ex art. 10.2 CE (Sentencias

del TC núm. 84/1989, de 10 de mayo; núm. 36/1991, de 14 de febrero; núm. 64/1991, de 22 de marzo, y núm. 26/2014, de 13 de febrero)».

Por su parte, el abogado del Estado pedía la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad pues argumentaba que versaba sobre si los preceptos controvertidos del TRLHL contravienen el principio de no confiscatoriedad, y no a si existe vulneración del principio de capacidad económica (como en la STC 59/2017 en los casos de inexistencia de plusvalía) ni a si se violan ambos principios (como en la STC 126/2019 en los casos de cuota tributaria superior al incremento patrimonial realmente obtenido). Y ello porque, en los supuestos enjuiciados en las SSTC 59/2017 y 126/2019, de la aplicación de las normas impugnadas resultaba siempre una cuota tributaria superior a la plusvalía real, dando lugar al gravamen de capacidades económicas inexistentes. El abogado del Estado hacía notar que, en cambio, el auto del órgano judicial *a quo* cuestiona ahora la constitucionalidad de las normas de cálculo de la base imponible del IIVTNU en los supuestos donde la cuota tributaria no es superior a la plusvalía realmente obtenida pero sí resulta, a su juicio, excesiva o exagerada y, como tal, podría lesionar el principio de no confiscatoriedad (art. 31.1 CE), apoyándose para ello en la jurisprudencia del TEDH.

En efecto, el órgano judicial solicitante resalta que la STC 126/2019, de 31 de octubre, para declarar la inconstitucionalidad del art. 107.4 TRLHL en aquellos casos en los que la cuota tributaria supera la plusvalía realmente obtenida, señaló que, aunque en el supuesto examinado no se sometía a tributación una situación de minusvalía o falta de incremento real, la aplicación del tipo de gravamen previsto en el art. 108.1 TRLHL a la base imponible calculada ex art. 107.4 LHL comportaba exigir al sujeto pasivo una carga «excesiva» o «exagerada», citando a tal efecto la doctrina del TEDH (SSTEDH de 3 de julio de 2003, asunto *Buffalo S.R.L. en liquidación c. Italia*; de 9 de marzo de 2006, asunto *Eko-Elda AVEE c. Grecia*; de 14 de mayo de 2013, asunto *N.K.M c. Hungría*, o de 2 de julio de 2013, asunto *R.Sz. c. Hungría*). En este sentido, se concluyó que cuando «de la aplicación de la regla de cálculo prevista en el art. 107.4 TRLHL [...] se deriv[ase] un incremento de valor superior al efectivamente obtenido por el sujeto pasivo, la cuota tributaria resultante, en la parte que excede del beneficio realmente obtenido, se corresponde con el gravamen ilícito de una renta inexistente en contra del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad que deben operar, en todo caso, respectivamente, como instrumento legitimador del gravamen y como límite del mismo» (FJ 4º).

Al respecto, cabe señalar que la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo había reconocido que la cuota tributaria liquidada en el supuesto de hecho del caso no había consumido la totalidad del importe de la ganancia generada, con lo que no se habría agotado la riqueza imponible, que es lo prohibido por el principio de no confiscatoriedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre; 14/1998, de 22 de enero; 233/1999, de 16 de diciembre, o 26/2017, de 16 de febrero). Pero alega que, dada la vinculación existente entre dicha prohibición y el carácter excesivo de la carga tributaria [en la forma en que ha sido interpretado el artículo primero del Protocolo adicional al CEDH, cabe plantearse si, tras el examen de la jurisprudencia del TEDH (que ha estimado que una carga fiscal del 52 por 100 es contraria al art. 1 del citado Protocolo adicional), una carga tributaria que supere el 60 por 100 de la riqueza gravada puede considerarse una «privación» de la propiedad, esto es, una confiscación.

Considera el órgano judicial que, si bien el art. 1 del Protocolo adicional al CEDH no puede erigirse en parámetro directo de la constitucionalidad del art. 107.4 TRLHL, en la medida que la prohibición de confiscatoriedad constituye la concreción del derecho de propiedad privada en el ámbito tributario (así se refleja en las SSTC 150/1990 y 233/1999), no pueden obviarse en su aplicación las exigencias que derivan de aquel Protocolo en la interpretación efectuada por el TEDH. Y la doctrina del Tribunal Europeo, aunque no ha establecido con carácter general criterios concretos para considerar «excesiva» una determinada carga fiscal, exige que se respete el principio de proporcionalidad, lo que exige ponderar la existencia de un «justo equilibrio» de las circunstancias concurrentes en el caso concreto examinado.

Con base en estas consideraciones, a juicio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, existen serias dudas de constitucionalidad en relación con los arts. 107.1, 107.2 a) y 107.4 TRLHL, en la medida en que, en aplicación de los mismos, puede llegar a exigirse a un contribuyente una cuota tributaria que puede suponer una carga fiscal excesiva, infringiendo la prohibición de confiscatoriedad del art. 31.1 CE.

Sin embargo, el Pleno del TC concluye que este caso no puede situarse, como pretende el órgano judicial, en el principio de no confiscatoriedad, puesto que no se esgrime que el tributo agote o supere la riqueza imponible gravada (en este caso la cuota tributaria es una parte significativa de la plusvalía existente). A pesar de que el órgano judicial pretenda la ampliación del contenido de la prohibición constitucional de confiscatoriedad a la luz de la doctrina de la carga fiscal excesiva del TEDH, en relación con su aplicabilidad a la luz del art. 10.2 CE, el TC determina que esta cuestión tiene su natural

acomodo en el principio de capacidad económica como criterio o parámetro de la imposición, puesto que lo discutido es el propio método de cuantificación de la base imponible del tributo en tanto que no calcula el incremento de valor del terreno urbano gravado en función de la capacidad económica efectiva y cierta manifestada por el contribuyente con ocasión de su transmisión.

Así, el Pleno del TC termina estimando la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla –sede en Málaga– y se declaran inconstitucionales y nulos los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL por contravenir injustificadamente el principio de capacidad económica como criterio de la imposición (art. 31.1 CE).

Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional (núm. 1/2021)

de 25 de enero 2021

Recurso de amparo 1343-2018

Ponente: *Excma. Sra. D^a. Encarnación Roca Trías*

Se trata de un recurso de amparo promovido por Joaquina Cortés Cortés en relación con la Sentencia núm. 58/2018, de fecha 25 de enero, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del TS que desestimó su demanda de reconocimiento de pensión de viudedad. La afectada argumenta que existió discriminación por razón de raza, prohibida por el artículo 14 de la Constitución Española, debido a que se le denegó la pensión de viudedad como consecuencia de la inexistencia de una unión matrimonial reconocida por el ordenamiento español. Resulta de particular interés para nuestro tema, observar las diferentes y divergentes interpretaciones que se realizan en las distintas etapas judiciales de este caso, de la argumentación y conclusiones derivadas de la sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009 en el asunto *Muñoz Díaz c. España*.

Así, destacaba el juzgador de primera instancia (Juzgado de lo Social no. 4 de Jaén) que en la sentencia *Muñoz Díaz* del TEDH, fue decisivo que la convicción de la demandante de su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado se viera reforzada por la actitud de las autoridades públicas, generándose una expectativa legítima a ser considerada como esposa del fallecido. Argumenta que, sin embargo, en el caso en cuestión la situación es muy diferente, ya que las autoridades españolas nunca reconocieron ni la validez, ni la apariencia de validez del matrimonio por rito gitano de

la Sra. Cortés, pues en la documental aportada, tanto la actora como el padre de sus hijos aparecen como solteros y todos los hijos como nacidos fuera del matrimonio.

Por su parte, interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) dictó sentencia con fecha de 20 de abril de 2016, revocando la de instancia y reconociendo el derecho de la demandante de amparo a la pensión de viudedad. Para la Sala, aunque en el libro de familia figuren como solteros la actora y el causante, tal dato no resulta suficiente para desvirtuar su buena fe respecto a la validez y eficacia de su matrimonio contraído bajo el rito gitano, ya que en la inscripción de nacimiento de los hijos, el progenitor que la solicitaba realizó su reconocimiento de filiación como hijos naturales, al no estar inscrito previamente el matrimonio civil o canónico, efectuando la inscripción un funcionario encargado del registro y existiendo libro de familia, lo que evidenciaría una clara intención frente a los organismos públicos de ser entendidos como una unión.

Posteriormente, ante el recurso de casación presentado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), el Pleno de la Sala de lo Social del TS considera que: (i) la respetabilidad atribuible a la unión por el rito gitano no justifica hacer una equiparación a la inscripción registral o documentación pública de la pareja de hecho, de naturaleza constitutiva; (ii) la regulación contenida en el art. 174.3 LGSS de 1994 es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica; (iii) el art. 14 CE no consagra un derecho subjetivo al trato normativo desigual; (iv) admitir la solución pretendida por la demandante comportaría hacer de peor condición a quienes por razones ideológicas, tan respetables como las culturales, no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita y a los que, no infrecuentemente, les ha sido también denegada la prestación de viudedad; (v) la vulnerabilidad de las múltiples minorías étnicas y culturales existentes no puede conllevar excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico/cultural so pena de comprometer gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad normativa. Por todo ello, el TS revoca la sentencia recurrida y desestima la demanda formulada.

Cabe destacar que esta sentencia cuenta con un voto particular discrepante, en el que las magistradas que lo emiten subrayan la ausencia de analogía entre el supuesto sometido a la valoración del Tribunal Supremo y el resuelto por el TEDH en el asunto *Muñoz Díaz c. España*. Así, en primer lugar, destacan que en este último supuesto se partía del reconocimiento por las auto-

ridades españolas de la relación existente entre la demandante y el fallecido y, sin embargo, en el caso de doña Joaquina Cortés ello no ha sucedido. Por consiguiente, el asunto se ciñe a resolver la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad como pareja de hecho de quien ha estado unida al causante en virtud de un rito matrimonial gitano y a la interpretación que debe hacerse de lo dispuesto en el art. 174.3 LGSS aplicable al caso. Es más, dado que en este caso no se suscita duda sobre la concurrencia del requisito de la convivencia, hay que ceñir el problema al análisis de la falta de inscripción de la pareja en alguno de los registros establecidos al efecto o a la constancia de su constitución en documento público. Y es en este punto donde, en opinión de las magistradas discrepantes, conviene preguntarse si, pese a la neutralidad de la regla del art. 174.3 LGSS, el colectivo de raza gitana puede verse particularmente afectado debido a las características de sus tradiciones, de suerte que pueda identificarse una *discriminación indirecta*. Concluyen que exigirles su acreditación como pareja en la forma legalmente admitida, es una medida redundante e innecesaria, porque la especial realidad fáctica de este grupo étnico ofrece mayores garantías que esa situación de pareja existe mientras perdura la convivencia, superando el test de satisfacción de la finalidad buscada por la norma.

En definitiva, según se expone en el voto particular, aunque no cabe inaplicar la norma al colectivo gitano, una interpretación conforme al respeto a las minorías étnicas, sí permite flexibilizar su interpretación cuando se den las circunstancias que permitan afirmar que el mantenimiento de la convivencia ha sido real, efectivo y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente.

Utilizando los argumentos del voto particular, la demandante presenta el recurso de amparo ante el TC. Por su parte, este tribunal considera que no se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo por motivos raciales o étnicos derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con las uniones de hecho debidamente formalizadas, pues es doctrina de este tribunal que la inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de dicha situación jurídica (Sentencias del TC núm. 40/2014, de 11 de marzo; núm. 45/2014, de 7 de abril, y núm. 60/2014, de 5 de mayo).

Estima que tampoco podría prosperar la denuncia por discriminación indirecta que la demanda apunta cuando, con cita del voto particular formulado en la sentencia recurrida, subraya que en la neutralidad de la aplicación de la regla de formalización de la pareja de hecho puede verse afectado sin-

gularmente el colectivo gitano, debido a las características de sus tradiciones. Considera el TC que el ordenamiento jurídico no solo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial, sino que, incluso cuando se ha optado por dotar de efectos en materia de prestaciones de seguridad social a otras formas de convivencia, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna o prejuicios particularmente relevantes y característicos, cualitativos o cuantitativos, que diferencien y generen un mayor impacto o un impacto adverso singularizado, a los miembros de la etnia gitana en caso de incumplimiento de los requisitos y de no reconocimiento consiguiente de la pensión.

El TC concluye que, sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles, no se advierte en la actual realidad normativa en la interpretación efectuada por la resolución recurrida, ni desde el prisma de la discriminación directa ni desde el propio de la indirecta, un trato discriminatorio por razones étnicas o raciales. En consecuencia, el tribunal no observa vulneración del art. 14 CE en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha de 25 de enero de 2018, que ha sido impugnada, por lo que desestima la demanda de amparo promovida por doña Joaquina Cortés Cortés.

Cabe resaltar, sin embargo, que al igual que en la sentencia del TS; aquí también se presenta un voto particular discrepante, del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos. Al respecto, el magistrado considera que hubiera debido otorgarse el amparo a la demandante por vulneración de su derecho a no ser discriminada por razones de pertenencia a una minoría nacional (art. 14 CE). Expresa que está en desacuerdo con la argumentación y con la conclusión de que no existe una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní a los efectos de lucrar la prestación por viudedad. Mi desacuerdo se refiere también al restringido alcance que se reconoce a la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto *Muñoz Díaz c. España*.

Se razona en el voto particular que el art. 14 CE, al establecer los criterios de prohibición de trato discriminatorio, no se refiere expresamente a la pertenencia a una minoría nacional o al origen étnico, a diferencia de lo que se

hace tanto en el art. 14 CEDH y en el art. 1.1 del Protocolo núm. 12 CEDH como en el art. 21.1 CDFUE. Sin embargo, la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» permite englobar criterios de dicha naturaleza dentro de la prohibición antidiscriminatoria constitucionalmente protegida.

El magistrado discrepante realiza entonces un rico y plural análisis de las fuentes normativas aplicables y destaca que, con base en el *Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales* (núm. 157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 (*BOE* núm. 20, de 23 de enero de 1998), el pueblo romaní constituye una minoría discriminada. Enfatiza que, por tanto, resultan de aplicación a sus miembros las normativas antidiscriminatorias que, al margen de la prohibición general de discriminación reconocida en los textos fundamentales de derechos humanos (art. 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; art. 14 y Protocolo núm. 12 CEDH; arts. 20 a 22 CDFUE), aparecen desarrolladas, en el ámbito internacional, en el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (*BOE* núm. 118, de 17 de mayo de 1969) y, en el ámbito europeo, en el ya citado *Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales* de 1995 y en la *Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (*DOCE* L 180, de 19 de julio de 2000).

De acuerdo con el voto particular, «este cuerpo normativo y la jurisprudencia que emana de los tribunales encargados de su interpretación y aplicación se constituyen –a los efectos de la obligación de interpretación conforme de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce con los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España (*art. 10.2 CE*)– como elementos referenciales del juicio de constitucionalidad que, desde la perspectiva del art. 14 CE, hay que desarrollar en relación con las resoluciones impugnadas.»

Subraya, asimismo, que la única resolución en la que el TC se ha pronunciado sobre la discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional o por razones de origen étnico es la *STC* núm. 69/2007, de 16 de abril. Esta sentencia versa, como ocurre en el caso enjuiciado, sobre la denegación de una prestación de viudedad fundada en la negativa a equiparar una unión de vida celebrada conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní con las uniones matrimoniales reconocidas estatalmente. En aquel caso el Tribu-

nal concluyó que no se había producido un trato discriminatorio indirecto. Aquella decisión, sin embargo, no fue compartida por el TEDH, que en la ya citada STEDH de 8 de diciembre de 2009 concluyó que sí había existido una vulneración del art. 14 CEDH, en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH.

Tras el análisis de distintos datos cuantitativos y cualitativos, el magistrado concluye que la norma en cuestión sí genera unos efectos desfavorables estadísticamente significativos a los miembros de la minoría romaní, especialmente a las mujeres de esta comunidad. Siendo así, la conclusión sobre la existencia de un trato discriminatorio indirecto quedaría acreditada, en los términos ya expuestos, si esa diferencia de trato no responde a una medida de política social legítima, justificada por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por estos motivos, adecuada para alcanzar la finalidad perseguida y que no exceda de lo que es necesario a tal fin. En la perspectiva del magistrado discrepante, este examen de proporcionalidad no se cumple en el caso concreto.

Por todo ello, en el voto particular se concluye que conforme a parámetros asumidos como estándares por la jurisprudencia constitucional, así como por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros órganos, en relación con la verificación de que se ha producido una discriminación indirecta, el caso enjuiciado en el presente recurso de amparo reúne todas las características necesarias: (i) el tratamiento dispensado a la demandante de amparo es formalmente neutro desde la perspectiva de cualquier criterio discriminatorio prohibido; (ii) este tratamiento supone una desventaja particular estadísticamente significativa tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa para los miembros de la comunidad romaní que, de conformidad con ancestrales tradiciones culturales, acceden a la conformación de uniones de vida al margen de formalidades legales en un porcentaje importante, con una especial afectación a las mujeres, en tanto que son las mayoritariamente potenciales beneficiarias de esta prestación de viudedad; y (iii) la exigencia controvertida de la inscripción de la unión de vida en un registro específico o mediante la formalización de un documento público, que es por completo ajena a su tradición cultural, cumple una finalidad de garantía que, aun siendo legítima, queda satisfecha, incluso en mayor medida, por los elementos que comporta la solidez de la tradición cultural de la unión de vida celebrada conforme al rito romaní.

De lo expuesto, se observa una evidente tensión argumentativa e interpretativa entre los distintos órganos judiciales involucrados en este caso, inclu-

yendo visiones discordantes al interior del propio TS y TC, particularmente en su entendimiento de los conceptos de discriminación, y el peso jurídico específico que ésta conlleva. A juicio de quien suscribe, las alegaciones esgrimidas en los dos votos particulares revisados resultan más acordes a las obligaciones internacionales de España en materia de derechos humanos, así como al espíritu de no-discriminación e igualdad que alimenta todo este régimen normativo. En este último sentido, y en línea con tales votos particulares, me permitiría dejar esbozada como idea para un análisis futuro más profundo, que posiblemente el análisis de la discriminación indirecta, podría verse complementado (o incluso llegar a ser innecesario), si se examina el asunto desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado de lograr la igualdad sustantiva -atendiendo a la CERD aducida por el magistrado discrepante, pero también a la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, pensando en la discriminación de género brevemente argumentada por el magistrado- y de aplicar el principio de equidad, entendida como la flexibilización de la implementación de la norma general al caso concreto, bajo el riesgo de caer en una injusticia material, como se derivaría de la denegación de la pensión de viudedad a la mujer gitana afectada en el presente caso.

Dorothy ESTRADA TANCK
Universidad de Murcia

VI. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO Y DEL APÁTRIDA

Como es bien sabido, las sentencias en materia de protección internacional se dictan en el contexto de la compleja situación migratoria y de la pandemia del COVID-19 vivida en 2020 y 2021 (y hasta la fecha), las cuales han impactado en las decisiones judiciales en la materia. De las distintas sentencias emitidas, destacan dos del Tribunal Supremo que abordan las actuaciones administrativas que impiden el traslado de personas solicitantes de protección internacional de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla a la península y sus derechos fundamentales a circular por el territorio nacional y a elegir libremente su residencia. Asimismo, se subraya una sentencia del TC que resulta crucial pues reitera la obligatoriedad de las autoridades judiciales de ponderar las circunstancias personales y familiares en los procedimientos de expulsión del territorio nacional.

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta,
núm. 173/2021)**

de 10 de febrero de 2021

Recurso de casación 4516/2019

Ponente: *Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

El presente recurso de casación se interpuso por la Abogacía del Estado contra la sentencia núm. 191, de 21 de marzo de 2019, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 1063/2018, formulado frente a la actuación administrativa consistente en impedir el traslado a la península de los allí recurrentes desde Melilla, desde donde pretendían viajar en barco hasta otro lugar de la Península; actuación que fue anulada por vulnerar el derecho fundamental de los recurrentes, solicitantes de protección internacional, a circular por el territorio nacional y a elegir libremente su residencia, consagrado en el artículo 19 de la CE

Por su parte, la Sala de instancia había estimado el recurso contencioso-administrativo con sustento en el razonamiento de la parte demandante de que la actuación administrativa en cuestión vulneraba el derecho fundamental de los recurrentes a circular por el territorio nacional y a elegir libremente su residencia, consagrado en el artículo 19 CE, en relación con los artículos 13.1 y 10.2 del mismo texto. Así, la Sala concluyó que procedía la estimación del recurso contencioso-administrativo, declarándose lesionado el derecho fundamental de los recurrentes a circular por el territorio nacional y a elegir libremente su residencia, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Española, en relación con los artículos 13.1 y 10.2 de la Constitución Española, con las consecuencias inherentes a tal declaración para restaurar el derecho fundamental vulnerado.

El Abogado del Estado, al interponer recurso de casación contra la sentencia referida, alegó que había diversas normas legales que se infringían: el artículo 18.1 de la *Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, el artículo 36 («Ceuta y Melilla») del Código de Fronteras Schengen, aprobado por el Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo de 2006, y los artículos 5 y 13 del mismo, así como el Acuerdo Schengen, de 14 de junio de 1985, ratificado por el Reino de España por instrumento de ratificación de 23 de julio de 1993, cuyo apartado III, 1.f) prevé el mantenimiento de controles de identidad y documentos en las conexiones

marítimas y aéreas procedentes de Ceuta y Melilla que tengan por destino otra parte del territorio español.

Por su parte, la Sala del TS examina la normativa aplicable, entre otras disposiciones, el artículo 18 de la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria* que da pautas para aceptar la titularidad de la libertad ambulatoria. Así, razona que de los términos literales del referido artículo 18.2º. d) y por un criterio lógico, ha de concluirse que si el solicitante de asilo mientras dure el procedimiento asume la obligación de comunicar los cambios de domicilio solo puede ser porque tiene ese derecho de cambiar el lugar de su residencia que es de su elección en un primer momento y el mismo precepto obliga a interpretar que puede cambiarlo. Se expone también que cuando los artículos 31 y 32 de la *Ley de Asilo* permiten al solicitante del asilo a mantener la unidad familiar o para trabajar, carecería de sentido limitarlo a una determinada ciudad, que es lo que se pretende por la Administración con la interpretación que se sostiene en el recurso de casación. Además, reitera la Sala del TS el razonamiento de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acerca de la necesidad e interpretar las normas conforme a la efectividad de los derechos fundamentales de tal forma que si lo que se sostiene en el recurso es que la Ley no reconoce expresamente dicho derecho, criterio que el Tribunal no comparte como se ha expuesto, la interpretación no puede ser la denegación del derecho, sin perjuicio de que se trate de un derecho de configuración legal.

En consecuencia, con base en la normativa analizada, así como en la doctrina de interés casacional declarada anteriormente por el propio TS en sus sentencias de 29 de julio de 2020 (sentencias de 29 de julio, nº 1130/2020 y nº 1128/2020), reafirma que todo ciudadano extranjero que haya solicitado una protección internacional o asilo en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, tiene derecho a la libertad de movimiento y a fijar su residencia en cualquier otra ciudad del territorio nacional, sin que pueda limitarse dicho derecho por la Administración por su condición de solicitante de la protección internacional y siempre con la obligación del solicitante de comunicar a la Administración dicho cambio de domicilio.

Así, el TS desestima del recurso de casación de la Abogacía del Estado, bajo el entendimiento de que la actuación administrativa impugnada resultaba contraria a las normas reguladoras del procedimiento para otorgar la protección internacional y no podía impedirse el desplazamiento pretendido, siempre bajo las prescripciones que se imponen en dichas normas, en el mencionado periodo de tramitación del procedimiento de protección internacional.

Se considera que esta sentencia materializa los derechos humanos de las personas solicitantes de protección internacional en el ámbito nacional, atendiendo a la normativa internacional aplicable y reafirmando el espíritu original de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951, de la que España es Estado parte, y de la propia *Ley de Asilo* española.

Sentencia del Tribunal Constitucional

(Sala Segunda, núm. 151/2021)

de 13 de septiembre de 2021

Recurso de amparo 5197/2019

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho*

Esta sentencia es particularmente relevante puesto que reitera la obligatoriedad de las autoridades judiciales de ponderar las circunstancias personales y familiares en los procedimientos de expulsión del territorio nacional. Dichos procedimientos pueden que impactar también a las personas solicitantes de protección internacional a quienes se les haya denegado dicha protección, y se queden, por tanto, en una situación administrativa irregular, y susceptibles de ser expulsadas del territorio español, razón por la cual esta sentencia se revisa en el presente apartado.

La sentencia en cuestión se pronuncia respecto de las resoluciones dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TS y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en procedimiento de expulsión del territorio nacional del recurrente, Don Marin Sorocean. Al respecto, en la sentencia se analiza la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con resoluciones judiciales que no ponderaron adecuadamente las circunstancias personales y familiares al ratificar la orden de expulsión de un extranjero del territorio nacional (STC 131/2016).

Es de destacar que la demanda sostiene que para acordar la expulsión se exigía la previa ponderación de las circunstancias personales y familiares del recurrente, las cuales había venido alegando en sus distintos escritos de defensa, ya que el art. 57.2 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (Ley de Extranjería o LOEX) debe ponerse en relación con el art. 57.5 b) de la misma ley orgánica, precepto que se refiere a la ponderación de dichas circunstancias y que a su parecer no opera solo respecto de los residentes de larga duración.

El Tribunal recuerda que tiene fijada la doctrina sobre el deber de motivación de las resoluciones que acuerdan la salida del territorio nacional de un

ciudadano extranjero no comunitario en diversos ámbitos de aplicación de la LOEX donde resultan afectados los derechos a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE) y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) de un ciudadano extranjero en España, además de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegibles como la familia (art. 39.1 CE) y los menores de edad (art. 39.4 CE), bien porque se acuerde su expulsión del país y la consiguiente prohibición de retorno dentro de un plazo, en atención a diversas circunstancias; bien porque se le imponga la obligación de dicha salida al no existir ya título habilitante para su residencia, como puede suceder en el caso de anteriores solicitantes de protección internacional, a quienes se les ha denegado dicha protección.

A ese respecto, cabe recordar además que en septiembre de 2020 se determinó, con base en el artículo 123 del Reglamento de Extranjería, que las personas solicitantes de protección internacional pueden reclamar, por circunstancias excepcionales, una autorización de residencia temporal por razón de arraigo. Lo anterior deriva de reconocer que, pese a que el procedimiento de extranjería y el de la protección internacional responden a dos realidades diferenciadas, debe adoptarse una postura flexible con base en la disposición referida a fin de no dejar en situación de desprotección a las personas solicitantes de protección internacional. Así, en consonancia con el Defensor del Pueblo y para garantizar la protección de los solicitantes, se tomó esta medida por la Secretaría de Estado de Migraciones y se determinó también que el hecho de que un demandante de protección internacional pida una autorización de residencia no podrá suponer en ningún caso su renuncia a ese procedimiento.

Ante toda esa diversidad de supuestos de susceptibilidad de expulsión de personas extranjeras, el TC ha venido a exigir que la autoridad competente, administración y tribunales de justicia, no puedan acordar o confirmar esas medidas sin haber efectuado antes una valoración de las circunstancias personales y familiares de la persona afectada, lo que implica efectuar un juicio de proporcionalidad de la medida entre sus consecuencias para el expedientado y su núcleo familiar, y la finalidad perseguida por la ley con su ejecución, con el posible resultado de que tal medida resulte no ser procedente en el caso concreto.

Reafirma el Tribunal que ese juicio de ponderación necesario debe de plasmarse en la resolución que se dicte de modo específico y no mediante frases abstractas o estereotipadas; enumerando las circunstancias que corresponden a la persona afectada y que ha de corresponderse con los datos y pruebas recabados en las actuaciones, e hilvanando en términos lógicos el razonamiento que conecta el enunciado de esas circunstancias con la norma habilitante, y la conclusión a favor o en contra de adoptar la medida. En caso de no hacerse

así, considera el TC que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la motivación (art. 24.1 CE), si en tal déficit incurre la sentencia de primera instancia o grado superior de la jurisdicción que revisan la decisión previa administrativa.

Aun reconociendo que ninguno de los ámbitos referidos incluye el del supuesto planteado en el presente recurso de amparo, el Tribunal considera que procede identificarlos a fin de determinar a continuación si es posible extrapolar al mismo las razones que sustentan la doctrina establecida: denegación de tarjeta de trabajo y residencia; expulsión del territorio nacional de residente de larga duración; sustitución por el juez penal de la pena de prisión por la medida de expulsión, en aplicación del art. 89 del código penal; denegación de la tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la unión europea; extensión de la anterior doctrina a las expulsiones acordadas en aplicación del art. 57.2 LOEX, respecto de quienes carecen de la autorización como residentes de larga duración.

El TC presenta la reflexión de que, si bien hasta la fecha no ha tenido la oportunidad de aplicar la doctrina citada en el último fundamento jurídico referido, a ciudadanos extranjeros que carecen de autorización de residencia de larga duración y se consideran por la administración merecedores de la expulsión del territorio nacional ex art. 57.2 LOEX (haber sido condenado por delito doloso a pena superior a un año de prisión, y no estar cancelado ese antecedente), entiende el Tribunal que concurren razones suficientes para la posible extensión de dicha doctrina, lo que implica que la medida en cuestión no puede imponerse –o confirmarse– nunca de manera automática.

Determina el Tribunal que las razones de la extensión de aquella doctrina sobre el art. 57.2 LOEX, incluyen el hecho de que el propio órgano judicial sentó en la STC 186/2013, FJ 7º, el deber judicial de ponderación de la proporcionalidad de la medida de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEX, con arreglo a las circunstancias concretas de la persona afectada y su núcleo familiar, sin hacer distinción en cuanto a su situación legal o no de residencia (el supuesto de hecho que enjuició era un caso de estancia irregular). Siendo así, considera que ese deber de ponderación engendra consecuentemente el correlativo deber de explicar esa decisión en la resolución judicial que fiscaliza el acto administrativo impugnado. Su incumplimiento acarrea, no solo una omisión de pronunciamiento, sino la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la vertiente del derecho a la motivación. Subraya que esta doctrina enunciada en la STC 186/2013, ha sido reconocida también expresamente por el TEDH.

Concluye que se trata, en todo caso, de que los residentes de larga duración disponen de una protección reforzada que brinda el requerimiento expreso a la proporcionalidad de la decisión, ex art. 57.5 b), el cual complementa, no sustituye, al art. 57.2 LOEX.

En definitiva, señala el Tribunal que la protección que corresponde a la administración y a los tribunales de justicia en cuanto a los derechos fundamentales (arts. 18 y 19 CE) y bienes constitucionalmente reconocidos (arts. 10.1, 39.1 y 39.4 CE) que quedan afectados con la adopción de una medida tan drástica para la persona y su entorno familiar, como es la expulsión del territorio nacional y la prohibición aneja de retornar en un determinado plazo, se imponen a cualquier consideración de legalidad ordinaria sobre la literalidad de los arts. 57.2 y 57.5 LOEX que resulte impeditiva de la aplicación del principio de proporcionalidad, con independencia de la situación legal de residencia del ciudadano extranjero en España.

La doctrina asentada así por la STC 186/2013, FJ 7º, a propósito de un supuesto de estancia irregular; seguida de las SSTC 131/2016, FJ 6º, y 201/2016, FJ 3º para los residentes de larga duración, se ve ahora completada con la presente sentencia, extendiendo la exigibilidad de la proporcionalidad de la medida de expulsión a los extranjeros con autorización de estancia temporal, lo que supone el examen de sus circunstancias personales (edad, gravedad de los hechos objeto de condena, asunción de su castigo) y familiares, en especial el dato del arraigo en España y el que podría tener en su país de origen.

La aplicación de la doctrina de referencia conduce al Tribunal a la apreciación de que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente de este caso, en su vertiente del derecho a la motivación debida. Resulta a los efectos del recurso de amparo que la sentencia de apelación recurrida incurrió en una omisión de pronunciamiento, en cuanto al juicio de proporcionalidad de la medida de expulsión (ausente ponderación de aquellas circunstancias personales y familiares del recurrente), con el consecuente defecto de motivación de su decisión en este punto, por lo que estima la demanda de amparo.

De modo crucial para nuestro tema, como efecto de la estimación del recurso, el Tribunal reafirma el reconocimiento del derecho fundamental de todas las personas extranjeras en España a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Dorothy ESTRADA TANCK
Universidad de Murcia

VII. EXTRADICIÓN

De entre las sentencias recaídas en materia de extradición destacamos dos resoluciones.

En primer lugar, el TC aplica a un caso concreto su doctrina sentada por la STC 147/2020, de 19 de octubre (sentencia revisada en comentario en edición anterior del presente Anuario), que aclaraba, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que para acordar una extradición se requiere la constatación del control judicial en origen para garantizar la tutela judicial efectiva del extraditado, no bastando un escrito de la fiscalía del país solicitante. En la presente sentencia de 2021 se emplea la doctrina referida en relación con un asunto concreto derivado de una solicitud de extradición por parte de Angola. En segundo lugar, se resalta también una sentencia del propio TJUE por ser relevante para el tema de extradición en general y, nuevamente, el derecho a la tutela judicial, y por tocar un caso relacionado con España en particular.

Sentencia del Tribunal Constitucional

(Sala Primera, núm. 147/2021)

de 12 de julio de 2021

Recurso de amparo 5275/2020

Ponente: *Excm.a. Sra. D^a. María Luisa Balaguer Callejón*

La sentencia deriva de un recurso promovido por don Carlos Aires da Fonseca Panzo respecto del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que autorizó su extradición a Angola.

La Fiscalía General de Angola solicitó la extradición del demandante de amparo para su enjuiciamiento por unos hechos que podrían ser constitutivos de delito de cohecho, fraude fiscal y blanqueo de capitales. Esta petición, que tenía como fundamento un «Relatorio fiscal» de la Dirección Nacional de Prevención y Lucha contra la Corrupción de la Procuraduría General de la República de Angola, fue aceptada por la Audiencia Nacional.

En aplicación de la doctrina sentada por la STC núm. 147/2020, de 19 de octubre (sentencia revisada en comentario en edición anterior del presente Anuario, como se ha mencionado), en esta sentencia de 2021 se otorga el amparo por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en conexión con los de libertad personal, de residencia y circulación.

El tribunal reitera que en el ámbito de la extradición, estos derechos requieren de la concurrencia de una autoridad judicial objetiva e imparcial que garantice la necesidad y proporcionalidad de la medida. En el marco normativo vigente en la República de Angola, la Procuraduría General de la República es definida como un organismo del Estado: representa a este en el ejercicio de la acción penal y para ello recibe instrucciones directas del Presidente de la República.

En consecuencia, la sentencia afirma que a la vista de esta regulación orgánica no puede entenderse que el órgano que formula las demandas de extradición de la República de Angola cumpla con los estándares de independencia requeridos del poder ejecutivo. Por otro lado, el «Relatorio Fiscal» es un acto de parte que no otorga la cualidad de valorar objetiva e imparcialmente las pruebas. Por tanto, no puede entenderse que sea suficiente para equipararlo a un acto judicial, faltando así el necesario refrendo judicial de la solicitud de la Fiscalía angoleña.

Así, el Tribunal concluye que en la medida en que las resoluciones judiciales impugnadas aceptaron el escrito de acusación como soporte para la solicitud de extradición, no tutelaron suficientemente la libertad del demandante de amparo.

Con esta postura, el TC reafirma su doctrina articulada en la STC núm. 147/2020, y la aplica a este caso concreto, determinando que la resolución judicial que acepta como soporte de la demanda de extradición un escrito, en este caso de la fiscalía angoleña, carente de refrendo judicial, vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en conexión con los derechos a la libertad personal, de residencia y circulación.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tercera Sala)

de 13 de enero de 2021

Asunto: C-414/20 PPU-MM

Ponente: *Excmo. Sr. D. N. Wabl*

Se destaca esta sentencia del TJUE por ser relevante para el tema de extradición en general, y por abordar un caso relacionado con España en particular.

Al respecto, el TJUE estableció que, con base a una euroorden, sólo se puede extraditar a una persona si en el país que solicita la entrega existe una orden nacional de detención contra el demandado, en un caso que implica a Bulgaria y España.

En el caso en cuestión, el 16 de enero de 2020, la fiscalía búlgara emitió una euroorden contra MM, un individuo que junto a otros 15 se fugó del país cuando la justicia de Bulgaria inició un procedimiento contra 41 personas por haber participado en una organización criminal de tráfico de drogas.

En el formulario que debía rellenar para justificar la euroorden, la fiscalía hizo referencia a la decisión previa de la justicia búlgara de poner a MM bajo investigación, con el único propósito de informarle sobre los cargos que había contra él. Con base en esa orden europea de detención y entrega las autoridades españolas detuvieron y extraditaron a MM a Bulgaria.

Sin embargo, en la sentencia del TJUE, que responde a la solicitud de una decisión prejudicial del Tribunal Penal Especializado de Bulgaria sobre la validez de esta euroorden, el TJUE estableció que ésta debe considerarse inválida, porque se emitió bajo la «única» premisa de notificar a MM los cargos dictados contra él, pero no aparece ninguna referencia a una medida nacional equivalente a la detención.

Sobre este punto, el Tribunal de Justicia declara, en primer lugar, que la condición de ‘autoridad judicial emisora’, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, no está supeditada a la existencia de un control judicial de la decisión de emitir la orden de detención europea y de la decisión nacional en la que se basa dicha orden. Al mismo tiempo, el TJUE recuerda que el sistema de la orden de detención europea se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, que se basa en la confianza recíproca entre los Estados miembros de que una orden de detención europea ha sido emitida cumpliendo los requisitos mínimos de los que depende su validez. Destaca que el Derecho de la Unión Europea establece, entre otras cosas, que la orden de detención europea debe basarse en «una orden de detención o cualquier otra resolución judicial ejecutiva que surta el mismo efecto».

Por consiguiente, concluye el Tribunal de Justicia que una medida que sirva de base a una orden de detención europea debe, aunque no se denomine «orden de detención nacional», producir efectos jurídicos equivalentes, es decir, permitir la detención de esa persona con vistas a su comparecencia ante un tribunal para la realización de las fases del proceso penal.

Cabe subrayar que el tribunal búlgaro pregunta también al TJUE si en caso de no ser válida la euroorden debe dejar en libertad a MM. Al respecto, el TJUE establece que ni la Decisión Marco antes referida ni el art. 47 de la CDFUE (derecho a la tutela judicial efectiva y a un/a juez/a imparcial) obligan a un órgano jurisdiccional nacional a poner en libertad a una persona sobre la que pesa una medida de prisión preventiva, aun si comprueba que la orden

de detención que dio lugar a la entrega de esa persona no es válida. En principio, la euroorden ha agotado sus efectos jurídicos tras la entrega del acusado al Estado miembro emisor y no es en sí misma una orden de detención de la persona buscada en el Estado miembro emisor.

El TJUE concluye, por tanto, que corresponde al Derecho nacional establecer las consecuencias de una euroorden inválida. El Tribunal deja esa decisión en manos de la justicia local, pues considera que corresponde únicamente al tribunal nacional con jurisdicción competente determinar, con base en la ley nacional, las consecuencias concretas que puede tener la ausencia de una euroorden válida sobre la decisión de retener a una persona sujeta a un proceso penal y a prisión provisional.

Dorothy ESTRADA TANCK
Universidad de Murcia

VIII. INMUNIDAD JURISDICCIONAL E INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS

En materia de inmunidades y privilegios, destacamos un auto del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) que representa una decisión judicial relevante en un caso directamente relacionado con España. Se trata de un auto por el que el Vicepresidente del TGUE rechaza el nuevo suplicatorio de la dispensa de suspensión de la inmunidad parlamentaria de los eurodiputados electos D. Carles Puigdemont i Casamajó, D. Antoni Comín i Oliveres y Dña. Clara Ponsatí i Obiols. Ello se traduce, por tanto, en que el TGUE descarta devolver la inmunidad parlamentaria al Sr. Puigdemont y los otros dos eurodiputados. Incluimos también una sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve un recurso de amparo relativo a la inmunidad de jurisdicción de una organización internacional y resume su doctrina constitucional al respecto, razón por la que reviste particular interés para el análisis general de este tema.

Auto del Vicepresidente del Tribunal General de la Unión Europea Caso T-272/21 R II Puigdemont i Casamajó y otros v Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2021

El caso deriva originalmente de los suplicatorios que recibió el Parlamento Europeo el 13 de enero y el 10 de febrero de 2020, de suspensión de la inmunidad parlamentaria de D. Carles Puigdemont i Casamajó, D. Antoni Comín

i Oliveres y Dña. Clara Ponsatí i Obiols, diputados electos. Dichas solicitudes, formuladas por el Presidente de la Sala Segunda del TS de España en el marco de un procedimiento penal relativo, entre otros, a presuntos delitos de sedición, tenían por objeto garantizar la continuidad de la ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas contra los eurodiputados.

Mediante decisiones de 9 de marzo de 2021, el Parlamento suspendió la inmunidad de los tres eurodiputados. El 19 de mayo de 2021, dichos diputados interpusieron un recurso ante el TGUE, solicitando la anulación de dichas decisiones. Consideraron que el Parlamento no ha garantizado su capacidad, como diputados, de ejercer sus derechos fundamentales como representantes de los ciudadanos de la UE y ha vulnerado sus derechos protegidos por varios artículos de la CDFUE. El 26 de mayo de 2021, los eurodiputados presentaron una primera demanda de medidas provisionales en la que solicitaban al Vicepresidente del Tribunal General que suspendiera la ejecución de dichas decisiones. Alegaban que su detención y su posible entrega a las autoridades españolas les causaría un perjuicio grave e irreparable y les impediría ejercer sus funciones como eurodiputados. Mediante auto de 30 de julio de 2021, el Vicepresidente del Tribunal General desestimó la demanda de medidas provisionales de los diputados por no haber demostrado que se cumplía el requisito de urgencia.

De este auto se desprende, en particular, que, en el marco del procedimiento penal en cuestión, el TS presentó, el 9 de marzo de 2021, una petición de decisión prejudicial al TJUE. Esta solicitud tuvo como efecto la suspensión del procedimiento penal. Dado que la petición de decisión prejudicial se refiere a la ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas en dicho proceso penal, entre las que se encuentran las relativas a los diputados, se consideró que ello exigía la suspensión de la ejecución de las mismas, tal y como habían manifestado en esencia las autoridades españolas. De ello se dedujo que nada hacía suponer que las autoridades judiciales belgas o las de otro Estado miembro pudieran ejecutar las órdenes de detención europeas emitidas contra los eurodiputados y eurodiputada referidos y que pudieran entregarles a las autoridades españolas. El daño grave e irreparable alegado por los eurodiputados no podía calificarse de daño cierto o establecido con un grado suficiente de probabilidad. El TGUE considera, por lo tanto, que los eurodiputados no han demostrado que se cumpla el requisito de la urgencia.

El 23 de septiembre de 2021, el Sr. Puigdemont fue detenido en el aeropuerto de Alghero (Italia) en ejecución de la orden de detención europea

relativa a él. El 1 de octubre de 2021, los diputados presentaron una segunda solicitud de medidas cautelares, en la que aportan nuevas pruebas.

Mediante su auto de 26 de noviembre de 2021, el Vicepresidente del Tribunal General desestimó esta segunda demanda de medidas provisionales. El Vicepresidente del Tribunal General comprobó, en primer lugar, si las pruebas aportadas por los diputados constituían efectivamente hechos nuevos capaces de cuestionar la apreciación realizada en el primer auto de medidas provisionales sobre la falta de urgencia. Al respecto, los diputados se basaban en la detención del Sr. Puigdemont en Italia, su puesta en libertad al día siguiente y su invitación a una audiencia por parte del Presidente Tribunal de Apelación de Cagliari. También se basaban, entre otras cosas, en el hecho de que el Tribunal Supremo Español informó al tribunal italiano de que no se habían suspendido ni el procedimiento penal en cuestión ni las órdenes de detención europeas emitidas contra los diputados, ya que la presentación de la solicitud de decisión prejudicial, según el Tribunal Supremo, no tenía ningún efecto suspensivo, y que el Sr. Puigdemont debía ser entregado a las autoridades judiciales españolas.

En su razonamiento, el Vicepresidente del Tribunal General señala que ninguna de las pruebas aportadas por los diputados cuestiona las consideraciones expuestas en el primer auto de medidas cautelares sobre los efectos jurídicos derivados de la presentación de la petición de decisión prejudicial. Por lo tanto, confirma que el procedimiento penal en cuestión está suspendido hasta que el Tribunal se pronuncie sobre la petición de decisión prejudicial y precisa que esta suspensión se deriva directamente de la presentación de dicha petición y no requiere ninguna decisión específica del Tribunal Supremo de España al respecto. Añade que el tribunal español era, además, consciente de ese efecto suspensivo.

El TGUE confirma asimismo que, dado que dicha solicitud se refiere a la ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas en el procedimiento penal de que se trata, la suspensión de dicho procedimiento exige necesariamente la suspensión de la ejecución de dichas órdenes. Señala que esta suspensión se deriva directamente de la suspensión del procedimiento penal de que se trata y que sus efectos son vinculantes para las autoridades nacionales competentes, incluidas las autoridades judiciales, sin que sea necesaria una decisión específica de dichas autoridades.

Los eurodiputados sostienen que todavía pueden ser detenidos, ver limitada su libertad de circulación o incluso ser extraditados y encarcelados en España, exponiéndose así a un perjuicio grave e irreparable, como demuestran los nuevos hechos en los que se basan.

Sin embargo, el Vicepresidente del Tribunal General reitera que, aunque algunas de las circunstancias a las que se refieren los diputados tienden a mostrar que es posible que determinadas autoridades nacionales no hayan extraído todas las conclusiones de la presentación de la solicitud de decisión prejudicial, en particular las relativas a la suspensión del procedimiento penal controvertido y de la ejecución de las órdenes de detención europeas, los elementos de prueba aportados en apoyo de la segunda solicitud de medidas provisionales no cuestionan las apreciaciones realizadas en el primer auto de medidas provisionales. El Vicepresidente subraya a este respecto que la detención de los eurodiputados no constituye, en sí misma, un perjuicio grave e irreparable. Tendría que perjudicar el derecho de los diputados a ejercer libremente su mandato parlamentario y el buen funcionamiento del Parlamento. Pero, según destaca el TGUE, como se observó en el primer auto de medidas cautelares, los diputados siguen gozando de su inmunidad cuando se desplazan para asistir a las reuniones del Parlamento, por lo que el perjuicio grave e irreparable causado por una detención sigue siendo hipotético.

A continuación, el Vicepresidente del Tribunal General observa que, lejos de establecer la existencia de un perjuicio grave e irreparable, los hechos posteriores a la detención del Sr. Puigdemont en Italia (puesta en libertad al día siguiente basada expresamente en las consideraciones expuestas en el primer auto de medidas cautelares y suspensión del procedimiento de ejecución de la orden de detención europea) tienden a confirmar que, según se desprende de la presentación de la solicitud de decisión prejudicial, las autoridades judiciales de ejecución no tienen la intención de ejecutar las órdenes de detención europeas relativas a los eurodiputados antes de que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre este asunto y que, por lo tanto, no corren, en esta fase, el riesgo de ser entregadas a las autoridades españolas. Se observa entonces que el TGUE aprecia que aun existiendo la posibilidad de detención en algún Estado Miembro de la UE, esta detención sería momentánea o muy corta y no llaga a constituir un perjuicio grave e irreparable.

Además, como señala el TGUE, en todo caso, en virtud del principio de cooperación leal, las autoridades nacionales deben tener en cuenta la suspensión del procedimiento penal y la ejecución de las órdenes de detención europeas relativas a los diputados. La premisa de que las autoridades españolas competentes podrían no derivar todas estas conclusiones de la presentación de la solicitud de decisión prejudicial sólo puede ser hipotética y no puede ser el fundamento de la constatación de un perjuicio grave e irreparable.

Así, el Vicepresidente concluye que las pruebas presentadas por los eurodiputados no permiten cuestionar las apreciaciones realizadas en el primer auto de medidas provisionales en cuanto a que no era urgente ordenar la suspensión de la ejecución de las decisiones del Parlamento.

Para efectos prácticos, este auto del Vicepresidente del TGUE se traduce, por tanto, en que el Sr. Puigdemont y los otros eurodiputados mencionados no recuperan la inmunidad parlamentaria.

**Sentencia del Tribunal Constitucional
(Sala Segunda, núm. 120/2021)
de 31 de mayo de 2021**

Recurso de amparo 3368/2020

Ponente: *Excma. Sra. Da. Encarnación Roca Trías*

La sentencia deriva de un recurso de amparo promovido por la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (ICCAT, por sus siglas en inglés) en relación con las sentencias dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ Madrid) en proceso por despido de la Sra. Felicidad García Rodríguez. La organización recurrente alegaba la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en derecho, y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Cabe recordar, como se revisaba en edición anterior de este Anuario, que la sentencia del TS, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 82-2017, interpuesto frente a la sentencia núm. 919/2016 de la Sala de lo Social del TSJ Madrid, rechazó que la organización internacional en cuestión gozara de inmunidad de jurisdicción de acuerdo con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público. Se concluyó que tales normas no imponen una regla de inmunidad absoluta de los Estado extranjeros y organizaciones internacionales. En este sentido, con apoyo en la STC núm. 107/1992, de 1 de julio, hace hincapié en la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, en orden a la resolución de las cuestiones relativas a los límites de la inmunidad de jurisdicción, así como en la norma contenida en el art. 10 de la Ley Orgánica 16/2015. Tras analizar el art. 11 del Convenio de sede entre España y el ICCAT, concluye que la inmunidad de jurisdicción no alcanza las controversias que pueda mantener con sus empleados de nacionalidad española, contratados para prestar servicios en puestos de

trabajo de carácter puramente asistencial y técnico, que no suponen actos *iure imperii*. Así, reconocía la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de la reclamación de autos, cuando los servicios se han prestado en España, el contrato de trabajo se ha celebrado igualmente en territorio español y la demandada tiene su sede y domicilio en España, con arreglo a lo dispuesto en el art. 25 LOPJ.

En el presente caso, la demandante de amparo atribuye a las resoluciones impugnadas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a una resolución motivada, entendiéndose que, de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Convenio de sede suscrito entre España y la ICCAT, lo correcto jurídicamente habría sido reconocer la inmunidad de jurisdicción de que goza la organización internacional frente a la demanda presentada por doña Felicidad García Rodríguez, incurriendo tanto la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como la Sala de lo Social del TS en una selección e interpretación arbitraria de las normas legales aplicables. Asimismo, se les imputa la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haber inaplicado el art. 11 del Convenio de sede, en lugar de plantear una cuestión de inconstitucionalidad si los órganos jurisdiccionales albergaban dudas sobre su acomodo a la Constitución española.

Al respecto, el fiscal se opone y solicita la desestimación del recurso de amparo. Considera que no ha existido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) denunciada por la recurrente, pues no cabe calificar la motivación cuestionada de arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurso en un error patente en cuanto a la selección e interpretación de las normas aplicables. Tampoco admite la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), toda vez que, frente a lo argumentado por la recurrente, no se ha inaplicado el mencionado art. 11 del Convenio, sino tan solo interpretado; y por cuanto, de entender cierta tal objeción, esa inaplicación resultaría aceptable al tratarse de una norma pre-constitucional.

El TC, en su FJ 2º, establece que existe en el presente caso un interés general objetivo, traducido en una causa de especial trascendencia constitucional, dado que la solución que se alcance puede resultar de utilidad en orden a interpretar las cláusulas de inmunidad de jurisdicción, incluidas en convenios o acuerdos suscritos entre España y las organizaciones internacionales, tras la promulgación de la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros*, las organizaciones internacionales con sede

u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España.

Al mismo tiempo, constata que la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías con fundamento en la omisión de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 11 del Convenio de sede del ICCAT no fue denunciada hasta la formalización de la demanda de amparo, con lo que o bien ha de considerarse incumplido el requisito de denuncia previa de la misma [art. 44.1 c) LOTC], de entender que la lesión fue causada por la Sala de lo Social del TSJ Madrid, pues nada se dice sobre ello en el recurso de casación; o bien se habría incurrido en una falta de agotamiento de la vía judicial ordinaria, por haber obviado el planteamiento del oportuno incidente excepcional de nulidad de actuaciones, de entender causada la infracción constitucional en la propia decisión del TS. Concluye el Tribunal que las razones expuestas le han de llevar a inadmitir y, por consiguiente, desestimar el recurso interpuesto por este motivo.

Aun así, en el FJ 3º el TC revisa con carácter general la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y jurídicamente fundada y el privilegio de inmunidad de jurisdicción de los Estados y las organizaciones internacionales, razón que dota de especial interés a esta sentencia para su revisión en el presente comentario.

Al respecto, reitera el TC que se ha reconocido la posibilidad de que los tribunales ordinarios puedan declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional, así como también podrán inaplicar normas preconstitucionales. En este sentido, el marco jurídico constitucional existente erige al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Afirmar que, como viene estableciendo la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al TC sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Así, resume su doctrina constitucional, en lo que a este recurso de amparo concierne, en las siguientes proposiciones: «(i) obtener una resolución fundada en derecho constituye una garantía frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, pero no asegura la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del derecho; (ii) el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, excluye criterios de admisión excesivamente

formalistas o rigoristas, que impidan el enjuiciamiento del fondo del asunto, si bien resulta aceptable como causa de inadmisión la falta de competencia jurisdiccional; (iii) el derecho al debido proceso se infringe cuando un tribunal ordinario deniega la aplicación de una norma con rango de ley postconstitucional por considerarla contraria a la Constitución, en lugar de plantear cuestión de inconstitucionalidad; aunque sí que podrán declinar la aplicación de una norma legal para aplicar una disposición recogida en un tratado internacional, pues a ellos les corresponde la interpretación de lo dispuesto en tales instrumentos. Igualmente están facultadas para considerar derogado un precepto preconstitucional en virtud de la disposición derogatoria tercera CE, sin necesidad de acudir al art. 55.2 LOTC o tratándose de normas preconstitucionales; (iv) y, finalmente, que la regla de inmunidad de jurisdicción como causa impeditiva del derecho de acceso a la jurisdicción tiene un carácter relativo y su operatividad depende de la naturaleza de los actos objeto de control, excluyéndose aquellos vinculados a actividades de mera gestión».

En cuanto a la aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto (FJ 4º), el TC observa que la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España constituye una cuestión de estricta legalidad que corresponde resolver a los tribunales ordinarios, siendo tarea del TC verificar que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso. En relación con este punto, el TC concluye que del Convenio de sede no se desprende un tratamiento unívoco de la inmunidad, ni para todos los actos, ni para todas las personas que trabajan para la ICCAT, no pudiendo tacharse de arbitraria o irracional la interpretación del art. 11 del convenio de sede efectuada por las sentencias impugnadas.

Por último, el Tribunal presenta una reflexión acerca de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) también denunciado, que se fundamentaba en el hecho de no haberse aplicado una norma con rango de ley, por su supuesta inconstitucionalidad, en lugar de plantear la oportuna cuestión ante este tribunal. El TC observa que no se cuestiona en este caso la inconstitucionalidad de la ley que determina la competencia para resolver la controversia planteada, sino que de lo que se trata es de su inaplicación al caso concreto. Concluye que esto último es lo que efectivamente se plasma en las resoluciones impugnadas de acuerdo con los criterios expuestos que no resultan ni arbitrarios, ni irracionales, ni evidencian la comisión de un error patente.

Por todo lo razonado, el TC desestima las quejas formuladas por la ICCAT relativas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1

CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Con esta sentencia, el Constitucional confirma asimismo la inexistencia del privilegio de inmunidad absoluta de jurisdicción de las organizaciones internacionales, constituyendo una sentencia de interés general para el análisis de este tema.

Dorothy ESTRADA TANCK
Universidad de Murcia

IX. OTRAS SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera) de 9 de marzo de 2021

Asunto: *Benítez Moriana e Íñigo Fernández v. España*
(Demandas no. 36537/15 y 36539/15)

Esta sentencia, cuya traducción fue realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado, trata de un caso en el que los demandantes son miembros de Plataforma Ciudadana Aguilar Natural, una asociación sin ánimo de lucro constituida con el propósito de promover el desarrollo y la conservación del entorno natural del municipio de Aguilar del Alfambra (Teruel).

A raíz de un conflicto surgido entre una empresa privada (WBB) y el Ayuntamiento de Aguilar del Alfambra, en relación con la obtención por aquella de una licencia de explotación de actividades mineras, y habiendo recurrido judicialmente la empresa en vía contencioso-administrativa frente a determinada decisión del Ayuntamiento, recayó Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (St. 25/11/2009), estimando el recurso. Dicha sentencia que fue posteriormente confirmada en apelación por la Sala de lo C-A del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Tras la sentencia de instancia, los demandantes publicaron una carta en el Diario de Teruel, en la sección «Cartas al Director», en la que criticaban la actuación de la Jueza que había conocido del asunto, a la que identificaban con su nombre y apellido, expresando la falta de rigor y seriedad en su actuación, su incompetencia e ignorancia, y calificando su actuación como parcial e injusta.

Ante ello, se iniciaron actuaciones penales contra los dos demandantes, de oficio por el Ministerio Fiscal, que concluyeron en una sentencia de con-

dena por el Juzgado, por un delito de injurias graves con publicidad, posteriormente confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel. La condena impuesta fue una multa diaria de 8 euros por un período de 10 meses (total 2.400 euros cada uno de los demandantes), y con carácter alternativo –en caso de impago de dicha multa- de privación de libertad (un día de privación de libertad en caso de falta de pago de cada dos días de la multa). Además, se impuso la obligación de publicar la Sentencia en el mismo diario en que se había publicado la carta (con un coste de 2.748 euros), y el abono de una indemnización a la Jueza por daños morales por importe de 3.000 euros.

El TC desestimó el recurso de amparo presentado por los demandantes, afirmando que el derecho a la libertad de expresión no incluye el «derecho a insultar», y destacando la especial posición en que se encuentran los jueces, en la medida en que un daño a su honor en caso de descrédito profesional infundado repercute necesariamente en la confianza en la Justicia, en general. El Ministerio Fiscal había solicitado la concesión del amparo.

Los demandantes acudieron ante el TEDH, invocando la vulneración por parte de las autoridades españolas del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 CEDH. El Gobierno demandado alegó que, a pesar de existir una «interferencia» por parte de las autoridades españolas en el ejercicio de tal derecho por parte de los demandantes, dicha «interferencia» resultaba prevista por la ley, y perseguía un fin legítimo –buscando no sólo proteger la reputación de la Jueza concernida, sino también, en última instancia, mantener la autoridad de la Judicatura, siendo, en definitiva, una medida «necesaria en una sociedad democrática».

El órgano judicial europeo estima que se ha producido una injerencia ilegítima en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de los demandantes. Se toma particularmente en cuenta el papel que desempeñan las ONGs, que asimila en este sentido al de la prensa, como «perro guardián» (*public watchdog*) en el debate sobre los asuntos de interés público –como son, en este caso, las cuestiones relativas al funcionamiento del sistema judicial, en una materia ambiental de importante relevancia para la población local-, lo que exige una protección reforzada del derecho a la libertad de expresión, con la consiguiente reducción del «margen de apreciación» por parte del Estado en este ámbito (párrafo 50 de la sentencia).

Asimismo, el TEDH destaca que se aprecia que los comentarios subjetivos o juicios de valor expresados por los demandantes en la carta publicada –que reprochan a la Jueza del caso su «parcialidad», y su «incompetencia»- tienen una conexión «suficientemente cercana» con los hechos del caso, y se

tiene en cuenta también que los demandantes no son abogados. A juicio del Tribunal, si bien es cierto que la Judicatura debe verse protegida frente a ataques gravemente dañosos que son esencialmente infundados, esto no puede tener el efecto de prohibir la crítica de su actuación por parte de los individuos.

La sanción impuesta a los demandantes por parte de las autoridades judiciales se considera por el Tribunal desproporcionada. Se llama la atención sobre que la sanción no era la «más leve» entre las posibles, sino que tenía cierta relevancia, si bien se reconoce que aun habiendo sido la sanción impuesta la más leve posible, en todo caso se estaría produciendo una represión «penal», lo que tiene un efecto amedrentador claro («chilling effect») en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, especialmente si se tiene en cuenta que en caso de falta de pago de la multa entra en aplicación la pena privativa de libertad.

En definitiva, se condena al Estado español por vulneración del artículo 10 CEDH, reconociendo el derecho de los demandantes a obtener una indemnización que se fija en 6.779 euros por daños pecuniarios, 6.000 euros por daños morales, y 3.341 euros por costas y expensas judiciales. El pronunciamiento cuenta con un voto particular formulado por dos Jueces, entre ellos la jueza española, que consideran que no ha habido en este caso violación del derecho a la libertad de expresión, que las autoridades judiciales españolas han realizado una adecuada ponderación entre el derecho a la protección de la reputación (artículo 8 del Convenio) y el derecho a la libertad de expresión (artículo 10), y que las sanciones impuestas a los demandantes —«bastante moderadas dada la seriedad de las alegaciones de los demandantes y el caño causado a la reputación de la Jueza»- resultaban proporcionadas.

Cabe señalar, por último, que al haberse dictado por una Sala del TEDH, la sentencia no es firme, y que aún podría haber un pronunciamiento posterior por parte de la Gran Sala del propio TEDH, por lo que habrá que estar al pendiente del posible desarrollo futuro de este caso.

Dorothy ESTRADA TANCK
Universidad de Murcia

RECENSIONES

