

---

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

María CARRO PITARCH [Universidad de Valencia]

Mónica CHINCHILLA ADELL [Universidad de Navarra]

## I. JURISDICCIÓN UNIVERSAL. LOS EFECTOS DE LA REFORMA ESTABLECIDA POR LA LO 1/2014

Durante el año 2022, algunos Estados han condenado a individuos por actos contra crímenes internacionales especialmente graves ejerciendo el principio de jurisdicción universal. Éste ha sido el caso de Francia, donde se condenó a Kunti Kamara, comandante del Movimiento Unido de Liberación de Liberia por la Democracia (ULIMO), a cadena perpetua por su complicidad ante crímenes contra la humanidad durante la primera guerra civil liberiana; o de Suecia, donde Hamid Nouri, antiguo oficial iraní, fue declarado culpable por las ejecuciones masivas de prisioneros políticos iraníes en 1988. En cambio, en España, ha sido cada vez 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. Dicha modificación instauró un modelo de jurisdicción universal 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. Tanto es así que, desde entonces, ningún asunto nuevo ha llegado a la jurisdicción española a través del ejercicio de la jurisdicción universal, a ex-

---

\* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales adoptadas desde el 1 de enero de 2022 al 31 de diciembre de 2022.

cepción del conocido asunto *de los Jesuitas españoles en El Salvador*, en el que la Audiencia Nacional (AN) española juzgó y condenó al militar salvadoreño Inocente Orlando Montano por el asesinato de los cinco Jesuitas españoles en El Salvador, cuyo posterior recurso de casación interpuesto ante nuestro Tribunal Supremo (TS) fue desestimado.

A continuación, se valora el ámbito de aplicabilidad de la jurisdicción universal en España a través de una sentencia del TS y un auto de la AN, donde ambos tribunales desestiman las pretensiones de los demandantes.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Tercera, núm. 387/2022) de 21 de abril de 2022**

Recurso de casación 4372/2020

Ponente: *Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz*

Nos encontramos ante un recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, desestimado por el TS, interpuesto contra la sentencia de la AN 9/2020, de 22 de septiembre, contra el auto 119/2020 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente. En concreto, el recurrente alega una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y aplicación indebida de las normas que regulan el ejercicio de la jurisdicción universal en España (art. 23 LOPJ), entre otras cuestiones.

Ante este recurso de casación, el objetivo principal del TS es determinar si la jurisdicción española puede actuar sobre un asunto en el que se han cometido delitos de asesinato, de lesa humanidad y torturas, inadmitidos a trámite por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la AN por falta de jurisdicción; posteriormente confirmado por la Sección Tercera de la Sala de lo penal de la AN; y, de nuevo, confirmado por la Sala de Apelación de la misma AN.

Con este fin, el TS recuerda el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) en el que se rechaza la inconstitucionalidad de la LO 1/2014 y su acomodo con los tratados internacionales suscritos por España, de donde no puede deducirse «la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas» (STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018). Aunque el recurrente hace alusión a la responsabilidad

de proteger de los Estados y a su cometido de lucha contra la impunidad por crímenes especialmente graves, el TS recuerda que «pertenece a la decisión del legislador el establecer la extensión de la jurisdicción penal y enunciar los puntos de conexión en los supuestos de delitos con elementos transnacionales» (FJ 2º). De esta forma, declara la falta de jurisdicción española ante la ausencia de criterios de conexión de territorialidad o nacionalidad del autor o la víctima, de acuerdo con el artículo 23.3 y 4 LOPJ según las modificaciones introducidas por la LO 1/2014.

Teniendo en cuenta que el hecho denunciado acaece en Colombia, que tanto la víctima como los supuestos responsables eran de nacionalidad colombiana, y que nada indica que éstos últimos se encuentren en territorio español, el TS desestima el recurso de casación y entiende que los tribunales españoles no son competentes para resolver el asunto. Además, el propio recurrente sostiene que en Colombia se ha seguido un procedimiento y ha recaído sentencia condenatoria, mayor motivo para rechazar la aplicabilidad de la justicia universal al amparo del art. 23.5 LOPJ.

De los tratados internacionales, por lo tanto, no se deriva la obligación de establecer un modelo de jurisdicción universal *absoluta o incondicionada*, mas son los propios Estados los que limitan su ejercicio facultativamente de acuerdo con el grado de atribución que otorgan las normas internacionales, si así lo establecen en su legislación interna. En el caso de España, señala el TS, tras la reforma de la jurisdicción universal a través de la LO 1/2014, no es posible extender la jurisdicción española «in absentia», esto es, en ausencia de los supuestos responsables de los delitos internacionales cometidos en cualquier parte del mundo (FJ 4º).

**Auto de la Audiencia Nacional**  
**(Sala de lo Penal, Sección Tercera, núm. 210/2022)**  
**de 6 de mayo de 2022**

Recurso de apelación 200/2022

Ponente: *Excmo. Sr. D. Félix Alfonso Guevara Marcos*

En este caso, la AN resuelve de forma negativa un recurso de apelación que tiene por objeto la admisión a trámite de una querrela por delito de torturas en concurso con los delitos de detención ilegal y lesiones contra los señores Felicísimo y Florentino, conjuntamente. Mientras que la práctica de Diligencias Previas 5/2022, en acumulación a las Diligencias Previas 18/2021 del Juzgado

Central de Instrucción núm. 4 en auto de 27 de enero de 2022, acredita la estancia y residencia de Florentino en España, no puede sino confirmar la residencia de Felicísimo en Francia. De este modo, la querrela es admitida a trámite, pero únicamente contra Florentino.

En el Fundamento de Derecho Primero del presente auto, la AN recuerda que el procedimiento contra Felicísimo se encuentra sobreesido y archivado por falta de jurisdicción de los tribunales españoles conforme al vigente artículo 23.4b) LOPJ, que establece lo siguiente: «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: (...) b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando: 1º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español».

Tal y como señala la AN, el legislador ha moldeado el alcance de la justicia universal, pues, como ya afirmó el TS, «no se impone un modelo absoluto, sino que sólo se establece con carácter formal para los supuestos en que el responsable se halle en el territorio del Estado Parte...» (STC 297/2015, de 8 de mayo, citada por la STS 869/2016). Es por eso que, entre las novedades de la LO 1/2014, el legislador incluye la competencia de la jurisdicción española sobre el delito de torturas, no previsto en las versiones anteriores de la LOPJ, pero establece requisitos que limitan el alcance de la jurisdicción universal en relación con este delito. Recuerda la AN que, para que la jurisdicción española conozca de los hechos, es necesario que el procedimiento se dirija contra español o que, siendo la víctima española al tiempo de su comisión, la persona responsable se encuentre en España, como es el caso de Florentino, no así el de Felicísimo, que se encuentra en Francia. En este sentido, los hechos concretos no determinan la jurisdicción por sí mismos, «sino que la jurisdicción lo es por unos hechos y respecto de persona que reúna la condición legalmente establecida», señala la AN, y anteriormente la STS 869/2016, exigiendo que se dé lo que ambos tribunales denominan el *principio de personalidad activa o pasiva* (FJ 2º).

Con todo esto, la AN desestima el recurso de apelación del querellante, pues la interpretación del artículo 23.4 b) LOPJ no permite la admisión de la querrela por delito de tortura con respecto al individuo que reside fuera del territorio español. De esta forma, este auto de la AN muestra los límites de la

LO 1/2014 en el ejercicio de la jurisdicción universal ante la ampliación de requisitos para la atribución de la competencia a los tribunales españoles ante delitos especialmente graves cometidos fuera del territorio nacional.

Mónica Chinchilla Adell  
*Universidad de Navarra*

## II. DERECHO DEL MAR

En este apartado destacamos tres sentencias relacionadas con el Derecho del Mar. La primera resuelve una cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro de desaparecer o en dificultad grave en el mar Mediterráneo por los buques de *Sea Watch*. La segunda también consiste en una cuestión prejudicial relativa al registro de capturas de pesca en la Unión Europea. La tercera es una sentencia de la Audiencia Nacional (AN) que resuelve un recurso contra una Orden Ministerial que contiene el plan de gestión para la conservación de los recursos pesqueros.

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala, caso *Sea Watch eV*) de 1 de agosto de 2022**

Cuestión Prejudicial. Asuntos acumulados C-14/21 y C-15/21

Ponente: *Excmo. Sr. D. Jan Passer*

El presente caso merece ser destacado por su impacto mediático y jurídico en 2022. El TJUE interpreta el Derecho de la Unión Europea a la luz del Derecho Internacional Público y del Derecho del Mar en relación con las operaciones de rescate de organizaciones humanitarias sin ánimo de lucro en el mar Mediterráneo y, concretamente, de *Sea Watch*, una Organización No Gubernamental (ONG) alemana.

El objeto de *Sea Watch*, conforme a sus estatutos, es el salvamento de personas en peligro de desaparecer o en dificultad grave en el mar, así como el mantenimiento de buques y su explotación para este fin. La ONG ejerce la actividad en aguas internacionales del Mediterráneo mediante el uso de buques de su propiedad (párr. 45).

En el verano de 2020 dos de sus buques, el Sea Watch 3 y Sea Watch 4, zarparon desde Burriana (España) y arribaron, respectivamente, al puerto de Palermo y el Porto Empedocle (Italia) tras realizar operaciones de salvamento de varios centenares de personas (párr. 46). El ministro de Sanidad italiano ordenó que sendos buques se mantuvieran anclados, en un principio, para confinar a sus tripulaciones por la pandemia COVID-19 y realizar labores de limpieza y desinfección. Posteriormente, se realizaron inspecciones a bordo que concluyeron con la inmovilización de los buques debido a una serie de irregularidades.

Sea Watch interpuso dos recursos ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Sicilia (Italia) contra las órdenes de inmovilización de los buques. El órgano jurisdiccional consideró necesario presentar dos peticiones de decisión prejudicial al TJUE en el marco de sendos litigios que fueron acumuladas el día 2 de febrero de 2021 por el presidente del Tribunal.

Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente realiza dos preguntas sobre la interpretación adecuada de la *Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto*. En primer lugar, cuestiona si debe interpretarse de forma que ésta sea aplicable a «buques que, pese a haber sido clasificados y certificados como buques de carga por el Estado de abanderamiento», como era el caso de los Sea Watch 3 y 4, son utilizados por una organización humanitaria, de manera sistemática, para una actividad no comercial, como es la búsqueda y salvamento de personas (párr. 68).

El TJUE considera que el artículo 3 de la *Directiva 2009/16* delimita su ámbito de aplicación de forma general a «todo buque», definiendo éste como «todo navío destinado a la navegación marítima al que, en primer lugar, le sea aplicable alguno de los convenios internacionales» referidos en la Directiva, y, «en segundo lugar, que enarbole un pabellón distinto del pabellón del Estado rector del puerto» (párr. 70). En el apartado siguiente, sin embargo, establece una lista de los buques excluidos que el Tribunal estima ha de considerarse taxativamente.

Por lo tanto, el TJUE considera que la *Directiva 2009/16* es aplicable a los buques del litigio principal en tanto en cuanto no están comprendidos en ninguna de las excepciones enumeradas en la Directiva.

En segundo lugar, se cuestiona si la Directiva se opone a que una normativa nacional de transposición limite su aplicabilidad a buques utilizados para una actividad comercial. El TJUE responde que, en la medida en que entre los objetivos de la Directiva se encuentra mejorar la seguridad del transporte

marítimo, las disposiciones no deben limitarse a los buques con fines comerciales, sino a todos los buques no expresamente excluidos en la Directiva para no comprometer su finalidad.

Previamente a resolver las cuestiones prejudiciales segunda a quinta, relativas a los requisitos de aplicación del dispositivo de control, inspección e inmovilización de la *Directiva 2009/16* respecto de los buques de asistencia humanitaria privados, el TJUE recuerda que dicha norma tiene como objetivo asegurar que la Unión y sus Estados miembros cumplan con las disposiciones de los convenios internacionales, como puede ser el *Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar* (párr. 89). Así, destaca que «aunque la Unión no sea parte de un acuerdo internacional y no esté, por tanto, vinculada por él, de la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia se desprende que tal acuerdo puede tenerse en cuenta en la interpretación de las disposiciones de Derecho derivado que entren en el ámbito de aplicación de ese acuerdo, en el caso de que todos los Estados miembros sean Partes contratantes en él» (párr. 90, como ya enunció en *Intertanko y otros*, C-308/06, por todas).

La segunda cuestión prejudicial está relacionada con las inspecciones previstas en la *Directiva 2009/16*. Éstas pueden ser periódicas, pero también adicionales si se da uno de los factores «imperiosos» o «inesperados» contemplados en el Anexo II de la norma. El órgano jurisdiccional se pregunta acerca de la correcta interpretación del artículo 11 (b) de la *Directiva 2009/16*, para determinar si puede considerarse un «factor inesperado» que, por lo tanto, justifique la realización de una inspección adicional, el hecho de que los buques objeto del litigio transporten un número de personas superior a sus capacidades según su clasificación y certificados de equipamiento.

El TJUE considera que el Estado rector del puerto tiene la potestad de someter a una inspección adicional a dichos buques si éste ha acreditado, «sobre la base de elementos jurídicos y fácticos detallados, que existían indicios serios que podían demostrar un peligro para la salud, la seguridad, las condiciones de trabajo a bordo o el medio ambiente, teniendo en cuenta las circunstancias de utilización de tales buques» (párr. 126), pero no por el mero hecho de transportar a un número superior de personas del establecido en su certificación.

Mediante la tercera y cuarta cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente consulta la interpretación del artículo 13 de la *Directiva 2009/16*. Se pregunta si, por un lado, el Estado rector del puerto tiene la facultad para realizar inspecciones más detalladas considerando que los buques han sido clasificados y certificados como buques de carga cuando en la práctica realizan otra

actividad y, por otro lado, si tiene facultad para exigir a dichos buques prueba de certificados distintos a los emitidos por el Estado de abanderamiento.

El TJUE estima que, en virtud de dicho precepto, el Estado rector del puerto tiene la facultad de realizar las inspecciones del artículo 13 con el fin de controlar si existe un peligro «para las personas, los bienes y el medioambiente» (párr. 139), pero no está facultado para exigir certificados distintos de los expedidos por el Estado de abanderamiento, ya que equivaldría a cuestionar el ejercicio de sus competencias.

Por último, la cuestión prejudicial quinta se refiere a la interpretación del artículo 19 de la *Directiva 2009/16*, relativo a la inmovilización de buques. El TJUE responde que ésta ha de interpretarse de forma que, aunque se acredite que buques certificados como de carga por un Estado miembro sean utilizados para una actividad de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar sistemáticamente con peligro para las personas, bienes o medioambiente, el Estado rector del puerto no puede supeditar la inmovilización o no de esos buques «al requisito de que éstos dispongan de certificados adaptados a esa actividad» (párr. 159). Sin embargo, puede imponer en cambio medidas correctoras justificadas en materia de «seguridad, de prevención de la contaminación y de condiciones de vida y de trabajo a bordo», siempre y cuando sean adecuadas, necesarias y proporcionadas.

El caso *Sea Watch* ofreció al TJUE una excelente oportunidad para aclarar la normativa aplicable a los buques de salvamento de ONGs en los puertos de los Estados miembros de la UE y el alcance de la *Directiva 2009/16*. Al hacerlo, el Tribunal se fundamenta en las normas pertinentes del Derecho internacional, incluida la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* y el *Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar*, y dicta una sentencia exhaustiva tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como desde el de la UE.

## **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta, caso PF, MF)**

**de 10 de febrero de 2022**

Cuestión Prejudicial. Asunto C-564/20

Ponente: *Excmo. Sr. D. Niilo Jääskinen*

La presente sentencia concierne el registro de capturas de pesca mediante varios métodos y la transmisión de la información recogida a la Comisión. El TJUE resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal

Supremo irlandés el 20 de octubre de 2020 a raíz del procedimiento entre PF y MF, por un lado, y el ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Marino y la Autoridad de Protección de la Pesca Marítima (*Sea Fisheries Protection Authority*, SFPA) irlandeses, por otro lado.

Se cuestiona la interpretación de los artículos 33 (2) (a) y 34 del *Reglamento (CE) 1224/2009 del Consejo, de 20 de noviembre de 2009, por el que se establece un régimen de control de la Unión para garantizar el cumplimiento de las normas de la política pesquera común*, relativos al registro de las capturas y del esfuerzo pesquero, así como de los datos sobre el agotamiento de las posibilidades de pesca.

Conforme al *Reglamento 1224/2009*, los pescadores tienen la obligación de registrar las capturas en el cuaderno diario de pesca. En julio de 2017, la autoridad única de control, la SFPA, comenzó a dudar seriamente sobre la veracidad y exactitud de los datos relativos a la captura de cigala en la Unidad Funcional 16 registrados en el cuaderno de diario de pesca electrónico de los capitanes de los buques pesqueros. La SFPA consideró que la captura real era más del doble que la informada y superaba el total admisible de captura (TAC) anual del país. La autoridad llegó a esa conclusión utilizando el método del «tiempo de permanencia», consistente en usar los datos facilitados por los pescadores sobre el «tiempo de permanencia en un sector específico» y «al total de las capturas» (párr. 14). La SFPA comunicó al ministro la cifra que consideró real y éste cerró la pesca entre octubre y diciembre del 2017 a los buques que enarbolaban el pabellón irlandés. También dio comunicado a la Comisión, que emitió una notificación de cierre para todos los pescadores de los Estados miembros.

Los pescadores interpusieron un recurso ante el Tribunal Superior de Irlanda (*High Court*) y, tras la desestimación de éste, otro ante el Tribunal Supremo irlandés (*Supreme Court*), que remitió dos cuestiones prejudiciales al TJUE, que decidió responder conjuntamente.

Se solicita al Tribunal clarificar la interpretación del artículo 33 del *Reglamento 1224/2009*, con el objetivo de resolver si la autoridad de control de un Estado miembro ha de comunicar a la Comisión solamente los datos consignados en el cuaderno diario de pesca o, en cambio, puede utilizar un método razonable y científicamente válido, como puede ser el «tiempo de permanencia», para determinar las cifras a notificar.

El TJUE contesta a esta cuestión teniendo en cuenta el tenor literal, el contexto y los objetivos de la normativa aplicable (párr. 27). En primer lugar, considera que el artículo 33 obliga a los Estados a registrar y conservar «todos

los datos pertinentes» y comunicar a la Comisión los «agregados». Asimismo, el Tribunal estima que este precepto hace referencia a un conjunto de datos más amplio que los encontrados en el cuaderno de diario de pesca. El TJUE señala que el uso del adjetivo «agregado» denota claramente la necesidad de notificar no sólo los datos brutos del cuaderno, sino éstos después de ser tratados en forma de agregación. Señala, a su vez, que el artículo 34 no prescribe ninguna metodología concreta para transmitir los datos e información a la Comisión.

En segundo lugar, considera necesario referirse al contexto de los artículos 33 y 34 del *Reglamento 1224/2009*. El TJUE señala que ningún elemento de la norma corrobora la interpretación de que los datos propios del cuaderno de pesca son los únicos a los efectos de dichos preceptos. Recuerda que la autoridad única de control es responsable de «coordinar la recopilación, el tratamiento y la certificación de la información sobre las actividades pesqueras» (art. 5.5 del *Reglamento 1224/2009*) y que los Estados miembros han de velar porque los datos registrados sean «exactos y completos» (art. 109.2 del *Reglamento 1224/2009*). Finalmente, alude a la obligación de adoptar medidas si comprueban incoherencias o sospechan la comisión de infracciones (art. 109.5 del *Reglamento 1224/2009*). En consecuencia, los Estados miembros han de verificar previamente los datos y no limitarse a transmitir los recibidos de los pescadores.

En tercer lugar, el TJUE se refiere a la finalidad del *Reglamento 1224/2009* que, en el marco de la Política Pesquera Común (PPC) es, entre otros, «garantizar que las actividades de la pesca y la acuicultura sean sostenibles ambientalmente a largo plazo» (párr. 40). Para que los Estados miembros puedan controlar la utilización de las cuotas y, por lo tanto, cumplir con dichos objetivos, han de disponer de información y datos completos y veraces. El hecho de impedir a la autoridad única de control la potestad de usar un método razonable y científicamente válido con el fin de verificar los datos registrados en el cuaderno diario de pesca sería incompatible con los objetivos consagrados en el marco de la PPC (párr. 42).

Así pues, el TJUE concluye que han de interpretarse los artículos 33 y 34 del *Reglamento 1224/2009* de forma que la autoridad única de control de un Estado miembro, la SFFA irlandesa en este caso, pueda utilizar un método razonable y científicamente válido (el «tiempo de permanencia») en vez de notificar únicamente los datos consignados en el cuaderno diario de pesca de los buques pesqueros.

**Sentencia de la Audiencia Nacional  
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera)  
de 24 de febrero de 2022**

Recurso Contencioso-Administrativo 512/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Fernando de Mateo Menéndez*

En la presente sentencia, la Confederación Española de Pesca (CEPESCA) interpone un recurso contencioso-administrativo contra la *Orden APA/423/2020, de 18 de mayo, por la que se establece un plan de gestión para la conservación de los recursos pesqueros demersales en el mar Mediterráneo* (en adelante, «la Orden»). Esta Orden se dicta en el marco del *Reglamento (UE) 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, sobre la política pesquera común* y del *Reglamento (UE) 2019/1022 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se establece un plan plurianual para la pesca demersal en el Mediterráneo occidental*.

Entrando a conocer únicamente los motivos de fondo, CEPESCA solicita que la Orden se declare nula y contraria a Derecho, principalmente por tres motivos.

En primer lugar, considera que se ha infringido el principio de reserva de Ley, de legalidad administrativa y de jerarquía de normas (FJ 5º), en tanto en cuanto el artículo 28 de la *Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima* (LPM) consagra el principio de transmisibilidad de los días de pesca, elemento prohibido por la Orden. La Sala considera que la transmisibilidad permitida en la LPM es dependiente de la autorización del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, lo que posibilita la «adopción de medidas limitativas». Este requisito, considera la Sala, se trata de una «amplísima habilitación normativa», por lo que no se puede considerar que el artículo 28 de la citada Ley impida, con carácter general, la prohibición de la transmisión de los días y, por tanto, procede desestimar el motivo de impugnación.

En segundo lugar, CEPESCA aduce que la Orden vulnera los principios de libertad y planificación empresarial, dado que la misma se publica antes de conocer los días asignados a los buques de pabellón español que estarían autorizados «a ejercer la pesca de arrastre de fondo en el Mediterráneo» (FJ 6º). La Sala, en cambio, recuerda que la asignación hecha mediante resolución de la Secretaría General de Pesca se produce una vez que la Orden entra en vigor; no antes. Además, señala que durante 2020 ningún buque sufrió ninguna restricción en su actividad porque la asignación se realizó a fecha de octubre para permitir que los armadores y asociaciones representantes pudiesen alegrar cuanto considerasen.

En tercer lugar, la parte actora considera que la Orden lesiona el principio de libertad empresarial y los principios de igualdad y transparencia, dado que la reserva del cinco por cien del total de los días que se propone en su artículo quinto, apartado tercero, para su distribución a partir del 1 de julio supone, por un lado, una discriminación para aquellos buques que opten por una gestión individual de los días, frente a una conjunta; y, por otro, beneficia a los buques pesqueros que realicen un mayor esfuerzo pesquero y agoten sus días antes del 1 de julio.

La Sala recuerda que la LPM considera que el derecho a la libertad de empresa está necesariamente limitado por la escasez de recursos pesqueros, lo que justifica las limitaciones que se adopten por Ley. Asimismo, destaca, en relación con los modelos de gestión conjunta, que se organizan en torno a distintas entidades que resultan, en cualquier caso, voluntarias (cofradías, organizaciones de productores pesqueros, asociaciones de armadores, etc.), y que es potestad del Estado Miembro decidir el método de asignación del esfuerzo pesquero máximo admisible (art. 9.2 del *Reglamento (UE) 2019/1022*). Por lo tanto, que la Orden haya optado por el modelo de gestión conjunta no es motivo de impugnación (FJ 7°).

En conclusión, la Sala de la AN procede a desestimar los motivos presentados por CEPESCA contra la *Orden APA/423/2020 por la que se establece un plan de gestión para la conservación de los recursos pesqueros demersales en el mar Mediterráneo* y, por tanto, desestima el recurso contencioso-administrativo.

María CARRO PITARCH  
Universidad de Valencia

### III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

A continuación, analizamos cuatro sentencias que muestran la aplicación de tratados internacionales y normas de Derecho europeo al Derecho interno. En la primera de ellas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se pronuncia en contra de los tribunales españoles al confirmar la violación del derecho de un ciudadano español a disponer de un abogado de su elección en el periodo de tiempo que permaneció en detención incomunicada. En otras dos sentencias, el Tribunal Supremo (TS) se pronuncia en casación con el objetivo de unificar la doctrina española de acuerdo con las normas internacionales, europeas y nacionales en el ámbito laboral. En una cuarta sentencia, el Pleno del TS se pronuncia sobre la aplicación del derecho de determinación legal de filiación

materna conforme a los tratados internacionales y la jurisprudencia del TEDH en un supuesto de contrato de gestación por sustitución. Estos pronunciamientos son muestra de la capacidad de los tratados internacionales de modular el Derecho interno, su interpretación y, como consecuencia, su aplicación.

**Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
(Sección Tercera)  
de 18 de enero de 2022**

Asunto: *Atristain Gorosabel c. España*  
(Demanda núm. 15508/15)

En esta sentencia, el TEDH analiza la presunta violación del derecho de un ciudadano español, el Sr. Javier Atristain Gorosabel (demandante), a disponer de un abogado de su elección conforme al *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Convenio) en el periodo de tiempo que permanece en detención incomunicada. Como resultado de dicha vulneración, el demandante realiza, supuestamente, unas declaraciones autoinculporatorias que permiten a la policía obtener pruebas en base a las que, finalmente, es condenado.

Entre los hechos más destacables, el 28 de septiembre de 2010, el Juzgado de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional (AN) autoriza ocho entradas y registros en inmuebles utilizados por la célula de ETA con el objetivo de localizar explosivos que, según investigaciones previas, fueron organizados y utilizados por el demandante. Al día siguiente, el Sr. Atristain es detenido en régimen de incomunicación, motivo por el que no puede elegir un abogado ni reunirse en privado con el abogado de oficio que le es asignado (art. 527 LECr), y que está presente durante el interrogatorio. Durante los cinco días que el demandante está en detención incomunicada, sus declaraciones, siempre voluntarias, facilitan la incautación de material e información relacionados con la actividad de la banda terrorista, con la que el demandante manifiesta haber «colaborado».

Como resultado de la investigación, el 16 de abril de 2013 la AN condena al demandante a diecisiete años de cárcel por pertenencia a organización terrorista y depósito de sustancias explosivas, condena que ratifica el TS tras el recurso impuesto por el Sr. Atristain. Posteriormente, el demandante también impone recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional (TC) alegando una vulneración de su derecho a ser asistido por un abogado de su elección (art. 24.2 CE), aunque el TC inadmite dicho recurso por insuficiente justificación de la trascendencia constitucional.

Ante los pronunciamientos desfavorables de los tribunales nacionales, el Sr. Atristain acude al TEDH alegando una vulneración del artículo. 6.1 y 3 c) del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, que establece lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente por un Tribunal (...) que decidirá los litigios (...) de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella»; 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...) c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan».

Para valorar esta cuestión, el TEDH examina, en primer lugar, si existen motivos determinantes que justifiquen la restricción del derecho de acceder a un abogado conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio. Lo cierto es que, a pesar de las modificaciones de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* actualmente en vigor (modificada por la *Ley Orgánica 13/2015*, del 5 de octubre), en el momento de los hechos, la posibilidad del detenido de consultar con un abogado *antes* de los interrogatorios policiales estaba restringida. El TEDH considera al respecto que los derechos mínimos que garantiza esta disposición son «un elemento, entre otros, del concepto de juicio justo en el proceso penal» y, con este fin, «puede ser pertinente *antes* de que un caso sea enjuiciado» (STEDH de 20 de octubre de 2015, Gran Sala, *caso Dvorski v. Croacia*, núm. 25703/11, párr. 76; STEDH de 13 de septiembre de 2016, Gran Sala, *caso Ibrahim y otros v. Reino Unido*, núm. 50541/08 y otras, párr. 251; y STEDH de 9 de noviembre de 2018, Gran Sala, *caso Beuze v. Bélgica*, núm. 71409/10, párr. 121).

El TEDH afirma también que, si las declaraciones inculpativas realizadas por el acusado durante el interrogatorio policial sin asistencia letrada sirven para condenarlo, como es el caso, pueden perjudicar indebidamente los derechos del artículo 6, por lo que la denegación del acceso a asistencia letrada no queda justificada. Considera que «el derecho de un acusado a comunicarse con su abogado sin la presencia de un tercero forma parte de los requisitos básicos de un juicio justo en una sociedad democrática», y la falta de dicha confidencialidad entre ambos únicamente quedaría justificada si existen motivos pertinentes y suficientes para invalidar u obstruir la voluntad del acusado en interés de la justicia (STEDH de 25 de marzo de 2008, *caso Vitan v. Rumanía*, núm. 42084/02, párr. 59). En este sentido, el TEDH reconoce como oportunas las restricciones al contacto entre abogado y cliente en situaciones de terrorismo y delincuencia organizada, esto es, únicamente para casos excepcionales y justificados (STEDH de 7 de julio de 2001, *caso Erdem v. Alemania*, núm. 38321/97, párrs. 65 y ss., y

de 25 de julio de 2013, *caso Khodorkovskiy y Lebedev v. Rusia*, núms. 11082/06 y 13772/05, párr. 627). Aunque el Sr. Atristain presuntamente colabora con ETA y participa en sus actividades terroristas, los jueces nacionales no justifican específicamente la existencia de motivos determinantes que avalen dichas restricciones. La falta de una motivación adecuada y de una evaluación caso por caso –que se hizo, en cambio, de forma general– afecta negativamente al acusado, y considera el TEDH que vulnera sus derechos de defensa.

En segundo lugar, el TEDH examina la equidad general del procedimiento en su conjunto, es decir, evalúa si los derechos de defensa se ven afectados hasta el punto de socavar su equidad general. En concreto, señala que «la equidad del proceso exige que el acusado pueda obtener todos los servicios específicamente asociados a la asistencia letrada», lo que incluye, por supuesto, la asistencia de un abogado cualificado, sin ser necesariamente un abogado designado o preferido por el acusado para considerarse el procedimiento equitativo, siempre que no haya pruebas de incompetencia o parcialidad manifiesta (STEDH de 13 de mayo de 1980, *caso Artico v. Italia*, núm. 6694/74, párr. 33). Además, no se desprende de los hechos que la Guardia Civil sometiera al Sr. Atristain a coacciones o amenazas, más bien se informó con diligencia al demandante de sus derechos como detenido.

A pesar de esto, el TEDH considera insuficiente el argumento de los tribunales españoles, pues ni el Juzgado de Primera Instancia ni el TS proporcionan motivación alguna que justifique la prohibición al demandado de comunicarse con el abogado de oficio. El Gobierno justifica dicha prohibición por la aplicación del citado artículo 527 LECr que, como pone de manifiesto el TEDH, ha sido modificado por la LECr actualmente en vigor (modificada por la *Ley Orgánica 13/2015*, del 5 de octubre), y que ahora requiere una resolución judicial individualizada para restringir el derecho del detenido a comunicarse con un abogado incluso durante la detención incomunicada. Por eso, y aunque existían otras pruebas en contra del demandante, insiste el TEDH en que «no puede ignorarse la potencial repercusión de su confesión inicial [del demandante] en el desarrollo posterior del proceso penal instruido en su contra». En este sentido, subraya de nuevo la importancia de la fase de instrucción para la preparación del proceso penal, ya que las pruebas obtenidas durante esta fase establecen el marco en el que se examinará el delito imputado en el juicio.

En definitiva, el TEDH afirma que existe una violación del artículo 6.1 y 3.c) del Convenio. La falta de una resolución individualizada por parte del juez de instrucción que justifique la imposibilidad del demandante para acceder a su abogado antes de los interrogatorios, así como la falta de medidas correc-

toras apropiadas durante el juicio, menoscaban, de acuerdo con el TEDH, la equidad del proceso penal incoado contra el Sr. Atristain en su conjunto, y perjudica irremediabilmente su derecho de defensa al no poder recibir asesoramiento legal. De esta forma, el TEDH se pronuncia en contra de los fallos de los tribunales españoles, y modula la interpretación del derecho nacional de acuerdo con las normas internacionales en la materia.

**Sentencia del Tribunal Supremo  
(Sala de lo Social, Sección Cuarta, núm. 270/2022)  
de 29 de marzo de 2022**

Recurso de casación 2142/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance*

El TS conoce de un recurso de casación interpuesto por la empresa Kern Pharma SL con el objetivo de unificar la doctrina ante dos pronunciamientos anteriores contradictorios: el primero, en la sentencia de fecha 7 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Terrassa, en autos 121/2019, que desestima la demanda de D<sup>a</sup>. Inés contra la empresa Kern Pharma SL y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), y declara su despido objetivo por absentismo como procedente; el segundo, en la sentencia de fecha 17 de enero de 2020, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación 5532/2019, que, en cambio, declara la improcedencia de dicho despido y solicita la readmisión de D<sup>a</sup>. Inés junto con las indemnizaciones oportunas.

La controversia casacional consiste en resolver si el despido objetivo por absentismo, regulado en el artículo 52 d) del *Estatuto de los Trabajadores* (ET) –actualmente derogado por el *Real Decreto Ley 4/2020*, de 18 de febrero, sin efectos retroactivos–, vulnera los tratados internacionales, valorando si las ausencias al trabajo fueron o no intermitentes, a pesar de estar justificadas. Para resolver esta cuestión, el TS analiza los motivos planteados por la parte actora, la empresa Kern Pharma SL, que fundamenta la interposición del recurso de casación en dos pretextos esenciales: i) la adecuación del despido al artículo 6.1 del *Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT) sobre la terminación de la relación de trabajo, por el cual se establece que «la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo» (invocando de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de diciembre de 2013, recurso

1190/2013); y, la adecuación del despido a los artículos 4.1 y 5 del *Convenio 155* de la OIT, al artículo 3 de la *Carta Social Europea*, y al artículo 11 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW) (invocando de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de abril de 2017, recurso 7675/2016).

Con respecto al primer motivo, el TJUE establece que el despido objetivo por absentismo justificado pero intermitente es lícito siempre que la norma, en este caso el artículo 52 d) ET, «tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente» (STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016). En esta misma línea argumenta el TC en su sentencia 118/2019, de 16 octubre, donde reafirma que este tipo de despidos responde a la «finalidad lícita de eximir al empresario de la obligación de mantener una relación laboral que ha devenido onerosa en exceso para la empresa, por las repetidas faltas de asistencia del trabajador a su puesto». El TC añade, además, que «esas ausencias intermitentes, aun cuando lo sean por causas justificadas, generan un incremento de costes laborales que la empresa no tiene por qué soportar». Así, se valora la *defensa de la productividad* como una necesidad para el correcto funcionamiento de una empresa. De esta forma, recuerda el TS el pronunciamiento del TC que confirma que, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 6 del *Convenio 158* de la OIT, el legislador puede establecer limitaciones a la aplicación del párrafo 1 de dicha norma, siempre que actúe dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, como es el caso del artículo 52 d) ET, algo que han corroborado los propios mecanismos de control de la OIT (FJ 5º).

No podemos olvidar, no obstante, que el propio TC considera el control de convencionalidad en el sistema español como una «mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria» (por ejemplo, STC 120/2021, de 31 mayo, FJ 3º). Por eso el TS se confirma competente para reafirmar que, tal y como se indica en pronunciamientos anteriores del propio Tribunal, no existe contradicción entre el artículo 52 b) ET y los tratados internacionales (por ejemplo, STS de 17 septiembre de 2020, recurso 2112/2018).

Con respecto al segundo motivo, señala el TS que los artículos 4 y 5 del *Convenio 155* de la OIT no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al que resulta de los preceptos constitucionales (art. 15 CE y art. 43.1). En aras de la seguridad jurídica, el TS concluye en el mismo sentido que la referida sentencia 118/2019 del TC, que no entiende que el

orden jurídico internacional suponga un perjuicio real y efectivo en la seguridad y salud de los trabajadores. Igualmente, el TS rechaza cualquier contradicción entre el artículo 52 b) ET y la *Carta Social Europea* de 18 de octubre de 1961, cuya referencia a la seguridad e higiene en el trabajo se adecua a la perfección a los preceptos constitucionales al respecto. Aunque reconoce la posterior revisión de la mencionada *Carta Social Europea*, también recuerda que no fue ratificada por España hasta el 29 de abril de 2021, con posterioridad al despido de D<sup>a</sup>. Inés, por lo que no formaba parte del ordenamiento jurídico español.

De forma similar, en relación al artículo 11 de la CEDAW, tampoco es posible establecer una contradicción con respecto al ordenamiento jurídico español ya que, aunque la sentencia del TC 118/2019, anteriormente citada, no se pronuncia expresamente sobre el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, el TC no hubiera declarado la conformidad del artículo 52 b) ET con la CE si hubiera detectado algún tipo de discriminación por razón de sexo. De nuevo, el TS, no se desmarca de la línea argumental del TC, y considera que «el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica» (FJ 7<sup>o</sup>).

Con todo lo anterior, prospera el recurso de casación presentado por la empresa Kern Pharma SL para unificar la doctrina y confirmar la conformidad del artículo 52 b) ET con los tratados internacionales en la materia. El TS no puede sino anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cataluña de fecha 17 de enero de 2020, recurso 5532/2019, que declaraba la improcedencia del despido de D<sup>a</sup>. Inés, y devolver las actuaciones a la sala de procedencia para resolver el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2019, dictado por el Juzgado de la Social número Uno de Terrassa, en autos 121/2019.

**Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo  
(Sala de lo Civil, núm. 277/2022)  
de 31 de marzo de 2022**

Recurso de casación 907/2021

Ponente: *Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena*

A continuación, se analiza el pronunciamiento del Pleno del TS, que estima el recurso de casación impuesto por el Ministerio Fiscal respecto de la sentencia de 1 de diciembre de 2020, dictada en grado de apelación por la Sección

Vigesimosegunda de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid, que dispone y declara que D<sup>a</sup>. Aurelia es madre de Pedro Enrique, menor nacido en México, ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera. El fallo de la AP de Madrid es consecuencia del auto de juicio verbal de filiación 174/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, que desestimó en primer lugar la demanda sobre el ejercicio de la determinación legal de filiación materna de D<sup>a</sup>. Aurelia por posesión de estado respecto del menor Pedro Enrique en su sentencia 21/2019, de 19 de febrero.

En concreto, el Ministerio Fiscal interpone el mencionado recurso de casación al considerar que la acción de determinación legal de filiación materna de D<sup>a</sup>. Aurelia contraviene el artículo 131 *in fine* del *Código Civil* en relación con el artículo 10 de la *Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (LTRHA). Este precepto legal (y teniendo en cuenta que no sufrió modificación alguna tras la reforma de la LTRHA llevada a cabo por la *Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*) declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante. Considera además el Ministerio Fiscal que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (STS (Pleno) núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014), pues «determina una filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio» (Antecedente 3<sup>o</sup>).

Para ejercer el supuesto derecho de reclamación de filiación del menor Pedro Enrique y proceder a su inscripción en el Registro Civil correspondiente, la parte recurrida alega una interpretación amplia de los apartados 2 y 3 del artículo 10 LTRHA, e invoca la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de que exista una relación biológica en aras del interés superior del menor. En concreto, afirma que «ha de protegerse la familia *de facto*» de conformidad con el derecho a la vida privada y familiar, tal y como lo exige la legislación española en consonancia con el artículo 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH). En este sentido, el TS recuerda su citada STS (Pleno) núm. 835/2013, en la que confirma que este tipo de relaciones familiares *de facto* da lugar a un núcleo familiar, que debe protegerse, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), «incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente afectivos» (senten-

cia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, *caso Paradiso y Campanelli*, párrs. 140 y 151 y ss., y de 18 de mayo de 2021, caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*, párr. 62).

El TS reconoce, no obstante, que «la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos», que deben encontrar reflejo en el artículo 10 LTRHA (FJ 3º). Entre los convenios internacionales que contempla el TS en su argumentación, se encuentra la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN) de 1989, cuyo artículo 35 establece que «los Estados partes [entre los que se encuentra España] tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños *para cualquier fin o en cualquier forma*». Igualmente, como señala el TS, en el Protocolo Facultativo de dicha Convención (también firmado y ratificado por España) se prohíbe la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 1), y se define la venta de niños como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución» (art. 2 a)).

En torno a esta cuestión, el TS hace alusión al *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, de 15 de enero de 2018, que, en el ámbito de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, confirma que la gestación por sustitución comercial encaja a la perfección con estas definiciones, pues concurren todos los requisitos para considerarlo una «venta de niños», lo que supone la «cosificación» de la figura del menor al situarse como «objeto de un contrato» (FJ 3º 9).

En esta misma línea, recuerda el TS que, durante el cumplimiento del acuerdo de gestación por sustitución comercial, se regulan por contrato detalles que vulneran un amplio elenco de derechos fundamentales del niño/a, pero también de la madre biológica, pues se imponen una serie de limitaciones sobre su autonomía personal e integridad física y moral que resultan del todo incompatibles con la dignidad de cualquier ser humano. Es por esto que el TS también hace referencia a la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* de 1979, que obliga a los Estados partes a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres (art. 6), en la que, confirma el TS, pueden incluirse los hechos derivados de un contrato de gestación por sustitución comercial, y que sería por lo tanto acor-

de a lo dispuesto en el artículo 10 LTRHA. De forma manifiesta, el TS observa una clara situación de vulnerabilidad de la gestante frente a una situación de poder de la parte «compradora», como también reconoce el apartado 115 de la *Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014)* (FJ 3º 10).

Ante la necesidad de proteger una serie de derechos fundamentales aparentemente contrapuestos y reconocidos en los ámbitos nacional e internacional, el TS recuerda que el derecho al respeto de la vida familiar que alega la parte recurrida no justifica la vulneración de otros derechos fundamentales, y que «el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas». En el caso del contrato de gestación por sustitución objeto del recurso supone «una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio» (FJ 3º 12). Es por esto que el TS señala la alternativa acorde al Derecho interno español y a la jurisprudencia del TEDH, que sostienen que, la relación de filiación entre el menor Pedro Enrique y D<sup>a</sup>. Aurelia debe determinarse a través de la adopción, valorando la idoneidad de la adoptante para satisfacer el interés superior del menor en cuestión. De esta forma, el núcleo familiar queda protegido sin menoscabar el derecho del menor a conocer su identidad biológica, los derechos de maternidad de la madre gestante y el derecho a la dignidad de ambos.

**Sentencia del Tribunal Supremo  
(Sala de lo Social, Sección Cuarta, núm. 421/2022)  
de 11 de mayo de 2022**

Recurso de casación 1170/2021

Ponente: *Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes*

En esta ocasión el TS estima un recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2020, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 622/2020, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, de 29 de julio de 2019, en el auto 355/2019, con el objetivo de reconocer el derecho del demandante a una indemnización por falta de preaviso ante la extinción de un contrato de apoyo a emprendedores durante el periodo de prueba y por voluntad del empleador.

De entre los hechos probados cabe destacar que el demandante prestaba servicios para la UTE Asociación Dual y Candilita Redi como terapeuta ocupacional con una jornada de 38,5 horas semanales, de lunes a viernes, en virtud de un contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores, que estipulaba un periodo de prueba de un año. Sin embargo, 11 meses después de la firma del contrato, se comunicó al demandante la extinción de la relación contractual, alegando como causa la no superación del período de prueba.

En la sentencia recurrida, la Sala de suplicación identifica como aplicable la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (hoy derogada por el RDL 28/2018) por su especialidad frente a lo dispuesto en el convenio colectivo y en el *Estatuto de los Trabajadores* (ET). Además, considera improcedente la indemnización al demandante, pues entiende que la extinción del contrato no contradice nuestra legislación, y tampoco la *Carta Social Europea* (CSE), ratificada por España el 6 de mayo de 1980.

Para sostener la necesidad de unificar la doctrina y avalar que existe alguna contradicción entre sentencias, el TS se refiere al artículo 219.1 de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (LRJS), por el cual, tal y como señala el propio Tribunal, es necesario «que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto». Aunque no se exige una identidad absoluta, sí requiere que «se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales» (FJ 2º 2). El TS identifica un único punto de contradicción entre los pronunciamientos anteriores objeto de casación y la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 28 de enero de 2016, núm. 581/2015, utilizada como sentencia de contraste. En ambos casos, la disputa gira en torno a contratos de trabajo de apoyo a emprendedores al amparo de la Ley 3/2012, y que son extinguidos estando vigente el periodo de prueba de un año. Sin embargo, por una parte, la sentencia recurrida no reconoce la existencia del derecho a un preaviso de 15 días en nuestra legislación, y no considera que el artículo 4.4. de la CSE apoye esta solución. En cambio, por otra parte, la sentencia de contraste señala que, aunque no procede declarar la existencia de despido porque la extinción del contrato ha sido válida, sí que procede fijar la correspondiente indemnización por falta de preaviso conforme a los artículos 49 y 53 ET.

Es entonces labor del TS valorar la contradicción y unificar la doctrina en torno a la previsión legal sobre el periodo de prueba y los efectos que la no superación de ese periodo lleva aparejados. Para ello, el TS analiza las normas nacionales e internacionales implicadas en la controversia que deben ser toma-

das en consideración, y reitera la doctrina recogida en la STS de 23 de marzo de 2022, núm. 252/2022 para la unificación de la doctrina núm. 963/2020; y la STS de 28 de marzo de 2022, núm. 268/2022 para la unificación de la doctrina núm. 471/2020.

Por una parte, en relación con las normas nacionales, el TS valora la adecuación del artículo 49.1 ET, sobre la extinción del contrato, al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Dicho artículo indica, que «el contrato de trabajo se extinguirá: (...) b. Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario», por lo que no estipula indemnización específica. Cabe recordar la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (TC) núm. 119/2014, de 16 julio, que confirma la constitucionalidad de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que prevé en su artículo 4.3 la posibilidad de ampliar el periodo de prueba con respecto a lo dispuesto en su regulación general del artículo 14 ET hasta un año para los contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Ante este tipo de contrato novedoso, señala el TC que se amplía la finalidad del periodo de prueba más allá de lo establecido en el artículo 14 ET, pues se debe considerar la perspectiva empresarial, y no únicamente la del trabajador, en concreto, «verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo». De acuerdo con el TC, es precisamente esta finalidad adicional lo que justifica el periodo de prueba de un año de duración que contempla la Ley 3/2012 para todos los trabajadores, sin distinguir por su categoría o cualificación. Ante esta ampliación tanto temporal como funcional del periodo de prueba, resulta evidente, afirma el TS, que la voluntad empresarial de desistimiento no puede identificarse con un despido, al menos, a efectos de determinar unas consecuencias indemnizatorias conforme al artículo 49.1 ET.

Así, el TS manifiesta claramente que los artículos 14 y 49 ET carecen de indemnización específica o de preaviso expreso para comunicar el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, de modo que nuestra legislación no se pronuncia expresamente sobre estas cuestiones. Sin embargo, aunque no estamos ante un despido objetivo, sino ante un desistimiento empresarial, señala el TS que «su causa posee esa impronta y, del mismo modo que resulta inadecuado subsumir al supuesto en el artículo 49.1.b ET, cobra sentido la duda sobre si el preaviso debe operar en tal supuesto» (FJ 3º). Al respecto, el TS aporta argumentos avalados por pronunciamientos anteriores del propio Tribunal para aplicar el plazo de preaviso propio del despido por causas objetivas, a pesar de tratarse de un desistimiento empresarial. Considera en

este sentido, que «se está utilizando el desistimiento empresarial por razones análogas a las que justifican el despido objetivo», siendo estas económicas, técnicas, organizativas o productivas (art. 51.1 ET por remisión del art. 52.c)). El artículo 53.1.c) ET prescribe que en toda extinción por alguna de estas razones debe existir «un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo», con independencia de cuánto haya durado la previa prestación de servicios. El TS resalta la necesidad de que exista cierta *contraprestación o equilibrio* ante el desistimiento empresarial, y considera que «la observancia de un plazo de preaviso, inmediatamente anterior al cese material, o su equivalente monetario, aparece como un contrapeso adecuado» (FJ 3º).

Por otra parte, en lo relativo a la adecuación del supuesto a las normas internacionales en la materia, recuerda el TS que el argumento principal del recurrente en la sentencia de contraste gira en torno a la inobservancia del artículo 4 CSE, que sostiene, que «para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes se comprometen: (...) 4. a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un *plazo razonable de preaviso* en caso de terminación del empleo», más no fija un plazo de preaviso concreto ni una indemnización por finalización del contrato durante el periodo de prueba establecido. Los tribunales españoles han alcanzado anteriormente conclusiones distintas para supuestos similares, en los que han considerado que sí existía derecho al preaviso y a una indemnización ante la extinción de un contrato de apoyo a emprendedores. Lo cierto es que no hay una regulación específica de este tipo de contrato, y considera el TS que lo previsto en el citado artículo 4.4 CSE «actúa como un resorte interpretativo auxiliar». Aunque la incompatibilidad de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE ha sido objeto de debate en otros foros, el TS aprovecha la ocasión para aportar unidad al ordenamiento jurídico español mediante una *interpretación integradora* con el objetivo de que «nuestro ordenamiento deje de estar confrontado con las exigencias del artículo 4.4 CSE» (FJ 3º).

Con todo esto, el TS concluye que la analogía con el régimen propio del despido objetivo, por una parte, y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE, por otra parte, permite considerar razonable la exigencia de un plazo de preaviso, tal y como lo contempla el artículo 53.1.c) ET. Por lo tanto, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y sostiene que la extinción del contrato de apoyo a emprendedores durante el periodo de prueba como terapeuta ocupacional debió ser preavisada con quince días, obligando a la demandada UTE Asociación Dual y Candilita Redi a responder con

la indemnización correspondiente. El TS recurre a las normas internacionales, en este caso europeas establecidas en la CSE para interpretar los supuestos de extinción de contrato de apoyo a emprendedores durante el periodo de prueba y garantizar el derecho del trabajador a un preaviso de quince días previo a la terminación de dicho contrato.

Mónica CHINCHILLA ADELL  
*Universidad de Navarra*

#### 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

En el ámbito internacional, el artículo 14.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP, 1966) indica, que «todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...]. Además, el apartado 5 de esta misma disposición concreta, que «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». En esta misma línea se pronuncia también el artículo 6.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) y el artículo 2 del Protocolo núm. 7 del citado convenio.

El derecho a la revisión del fallo condenatorio está también previsto en el ámbito nacional y, más concretamente, en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cuya última reforma resultó en 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*. Los pronunciamientos posteriores de la jurisprudencia española han calificado esta modificación como «sustancial» o «profunda», especialmente en lo que respecta a la revisión de las sentencias de la jurisdicción penal dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, o por las Audiencias provinciales (STS 476/2017, de 26 de junio de 2017).

Mientras que, en ocasiones, la jurisprudencia ha considerado este modelo reciente de revisión como «fuertemente restrictivo» (STS 618/2022, de 22 de junio de 2022, FJ 2º), se desprende de la práctica la continua labor de los tri-

bunales en la interpretación de la norma para su aplicación de acuerdo con las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Con el objetivo de analizar la más reciente interpretación de los tribunales en su aplicación del derecho a la revisión del fallo condenatorio de acuerdo con la Ley 41/2015 y con las exigencias del ordenamiento jurídico internacional, esta sección presenta tres sentencias, una primera en el ámbito del Tribunal Supremo (TS), y otras dos en el ámbito del Tribunal Constitucional (TC).

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Segunda, núm. 394/2022) de 21 de abril de 2022**

Recurso de casación 4032/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gómez De La Torre*

Se presenta recurso de casación ante el TS frente a la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 78/2019, de 17 de julio de 2019, en virtud de la cual, el demandado, Melchor, es condenado como autor responsable de un delito de estafa agravada en concurso medial con un delito de apropiación indebida. Posteriormente, el demandado presenta recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que dicta sentencia 14/2020, de fecha 23 de abril de 2020, desestimando dicho recurso. Muy brevemente, sobre los hechos del caso, los tribunales españoles sostienen que el demandado aprovechó su experiencia como agente intermediario y comisionista para obtener un beneficio económico a través de operaciones de contratación y traspaso de jugadores de fútbol profesionales o amateurs.

Es entonces objeto de análisis el recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma presentado por el recurrente, Melchor, alegando –entre otros motivos de menor relevancia para este análisis en cuestión– una infracción de la exigencia contenida en los artículos 120.3 y 24.1 de la *Constitución Española* (CE), con base a lo dispuesto en el artículo 5.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ). Éste último otorga competencia al TS para pronunciarse en casación ante recursos fundamentados en una infracción de precepto constitucional, en este caso la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. En concreto, el recurrente alega infracción

de precepto constitucional por: i) no resolución de cuestiones o argumentos planteados por las partes (art. 851.3 LECrim); o, ii) falta de suficiente motivación en la decisión del Tribunal (art. 852 LECrim):

i) En primer lugar, el TS recuerda que estamos ante una *incongruencia omisiva* cuando «ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso» (FJ 5º 1). A su vez, no obstante, también recuerda que, para resolver dicha incongruencia omisiva, es necesario, como exigencia procesal, que el recurrente acuda previamente al trámite del artículo 267 LOPJ en tiempo y forma. Entonces, el Tribunal, «dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla». La jurisprudencia del TS entiende que este requisito previo es «presupuesto insoslayable» para la admisión del recurso de casación por incongruencia omisiva en aras de la agilidad procesal (STS 290/2014, de 21 de marzo). De lo contrario, el derecho a un proceso en un plazo razonable tal y como establece el artículo 6.1 CEDH se vería negativamente afectado.

ii) En cuanto a la motivación de las resoluciones, afirma el TS que, conforme a la jurisprudencia constitucional, dicho deber por parte de los tribunales «no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener en la cuestión que se decide». En cambio, considera suficiente que contenga «los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión» (FJ 5º 3). El problema no es la parquedad del razonamiento, sino la arbitrariedad de la decisión. El TS entiende que la sentencia recurrida está motivada suficientemente; aporta una argumentación detallada en contra de las pretensiones del recurrente y no aprecia incongruencia omisiva alguna (FJ 5º 4).

De esta forma, el TS no considera que se haya producido ninguna de estas infracciones de precepto constitucional, argumento que suma al rechazo de las demás pretensiones planteadas por el recurrente, y que fundamentan la desestimación del recurso de casación.

Se recuerda en este punto que la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos (excepto delitos leves) con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación. Aunque no hay acuerdo en la jurisprudencia en torno al alcance de dicha reforma, el TS sostiene, en su Fundamento Jurídico Preliminar, que la reforma generaliza la segunda instancia –o satisface una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble

instancia— y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos (párr. 9).

El TC no ha dudado en afirmar que la legislación española anterior a la reforma de la Ley 41/2015 ya cumplía estrictamente con la exigencia de una segunda instancia conforme al art. 14.5 del PIDCP de 1966, ratificado por España el 16 de junio de 1977, así como el *Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 22 de noviembre de 1984 (párr. 5). En este sentido, y aunque el TS reconoce que la reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015 modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal (STS 476/2017, de 26 de junio), apunta, precisamente, que «estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia» (párr. 9). De esta manera, la función esencial de la casación ya no es satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias, prevista en los tratados internacionales. Sostiene, más bien, que «la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley», y, para conseguir este objetivo, los tribunales deben «fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible» (párr. 9).

De acuerdo con este pronunciamiento del TS, la adecuación de la Ley 41/2015 a las exigencias del ordenamiento jurídico internacional con respecto a la aplicación del recurso de casación no parece generar ningún tipo de dudas. Es más, dicha reforma «debe suponer, de un lado, una *modulación*, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una *ampliación* de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho» (párr. 12).

## **Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (núm. 69/2022)**

**de 2 de junio de 2022**

Recurso de amparo 5548/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Antonio Narváez Rodríguez*

Se trata de un recurso de amparo promovido por Mikel San Sebastián Gaztelumendi, contra el auto de 18 de marzo de 2019, dictado por la Sala Segunda del TS, por el que se acuerda no autorizar la interposición de un recurso

extraordinario de revisión en relación con la sentencia núm. 18/2010, de 21 de mayo, de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional (AN); y contra la providencia de 21 de febrero de 2020, que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra el citado auto. El recurrente en amparo alega la vulneración de derechos fundamentales relacionados con el proceso judicial y, en lo que respecta al ámbito objeto de discusión en esta sección, exige la revisión de la condena impuesta tras la denegación por parte de la Sala Segunda del TS de la interposición de un recurso extraordinario de revisión en relación con la sentencia condenatoria de la AN.

Entre los hechos expuestos en la demanda, cabe destacar que Mikel San Sebastián Gaztelumendi fue condenado, junto con otros procesados, en sentencia núm. 18/2010, de 21 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la AN, como autor responsable del atentado cometido por la organización terrorista ETA el 29 de diciembre de 2006 en las instalaciones de la terminal T4 del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. En concreto, cumple condena por un delito de estragos, dos delitos de asesinato terrorista consumado y cuarenta y ocho delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa. Frente a esta sentencia no se interpuso recurso de casación, por lo que devino firme en fecha de 22 de junio de 2010.

Con apoyo en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 13 de febrero de 2018, *asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, el recurrente, junto con los otros dos condenados, presenta en fecha 6 de noviembre de 2018 un escrito por el que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 954 y 957 de 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* (LECrim), solicita la autorización del TS para interponer un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada por la AN. Entiende que las consideraciones realizadas en las resoluciones impugnadas implican una valoración sobre el fondo de la pretensión, que hubiera exigido la admisión y tramitación del recurso de revisión.

El recurrente fundamenta los motivos de su escrito en que el elemento probatorio sobre el que se sostiene el relato de hechos que contiene la sentencia es una declaración auto y hetero-inculpatória del señor Sarasola, otro de los procesados, a la que otorga un «valor central», obtenida en dependencias policiales durante el tiempo de detención incomunicada de uno de los procesados, y que él mismo atribuye al mal trato sufrido por parte de la guardia civil. Además, el recurrente considera que la sentencia del TEDH es un «elemento nuevo» que «modifica de modo absoluto las premisas» que dieron lugar a la

sentencia objeto de revisión, ya que el TEDH, a diferencia de los tribunales españoles, sí entiende que hubo tratos inhumanos. En concreto, el TEDH declaró en su sentencia de 13 de febrero de 2018 la vulneración material y procesal de los derechos a no ser sometidos a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH), e igualmente, la petición de revisión de su condena se fundamentó en la nueva redacción del artículo 954 LECrim.

Ante estas pretensiones, el TC estudia, entre otras cuestiones, la vulneración que alega el recurrente del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), basado en la imposibilidad de acceso a una revisión de la sentencia condenatoria, recogido igualmente en el artículo 6.1 CEDH y en el artículo 14 del PIDCP. Para este cometido, el TC acude, por una parte, a la propia doctrina constitucional y su aplicación para el enjuiciamiento del caso, y, por otra parte, considera la reforma del artículo 954 LECrim y la consecuente necesaria adaptación de la jurisprudencia constitucional. La citada sentencia del TEDH y la jurisprudencia del Tribunal europeo en torno a esta materia también son esenciales en la argumentación del TC.

En lo que respecta a la primera cuestión, el TC señala que, desde la STC 124/1984, de 18 de diciembre (FJ 6º), «el recurso de revisión penal, recurso extraordinario frente a una sentencia firme, está sometido, como se desprende de una consideración de Derecho comparado, a condiciones variables, a modo de cautelas, tendentes a mantener el necesario *equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica*». Como consecuencia de la evolución doctrinal en este ámbito, posteriormente, la STC 150/1997 destaca en su Fundamento Jurídico Tercero que «a pesar de que la Ley de enjuiciamiento criminal califique como ‘recurso’ a la revisión, en puridad no estamos ante una reivindicación relativa al acceso a los sucesivos recursos [...] sino que se trata más bien de una *vía de impugnación autónoma*» (véase también STC 123/2004, FJ 4º a)). De esta forma, define el TC el recurso de revisión como un «instrumento procesal autónomo que pretende la revocación de una sentencia condenatoria firme, y que encuentra su fundamento en razones de justicia, una vez constatada la existencia de hechos o elementos que pongan de manifiesto la improcedencia de la condena» (STC 69/2022, FJ 3º b)). A pesar de la evolución doctrinal, afirma el TC que el recurso de revisión mantiene su carácter de remedio procesal «extraordinario», en cuanto a que su admisión está supeditada a unos rígidos requisitos para su admisión, ponderados con el principio de seguridad jurídica conforme al canon de constitucionalidad propio del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

El TC recurre al filtro del canon de control de constitucionalidad para aplicar esta doctrina constitucional al enjuiciamiento del caso, y valorar así si el TS ha sostenido un criterio excesivamente rigorista o formalista al denegar el recurso de revisión al ahora recurrente. En concreto, ejerce control de constitucionalidad sobre: i) la sentencia condenatoria dictada contra el ahora recurrente y otros dos procesados, sentencia núm. 18/2010, de 21 de mayo, de la Sección Tercera de la AN; ii) la sentencia 527/2010, de 30 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que condenó a cuatro integrantes de la Guardia Civil por delitos de torturas graves; y, iii) la sentencia del TEDH, de 13 de febrero de 2018, *asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, que confirma la vulneración del artículo 3 CEDH por parte de los integrantes de la Guardia Civil que participaron en los interrogatorios:

i) El Tribunal de instancia en su sentencia núm. 18/2010 estimó que las declaraciones del coimputado, el señor Sarasola, servían como prueba de cargo obtenida conforme a las garantías constitucionales y legales, y eran válidas para enervar la presunción de inocencia del ahora recurrente de amparo. Argumenta el TC que el recurrente podría, además de haber ejercido su derecho a no declarar, haber cuestionado la licitud de la prueba inculpatoria en el momento del juicio, y señala también que la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional no fue impugnada en casación, por lo que adquirió firmeza.

ii) Al analizar la relevancia jurídico penal de las lesiones causadas a los otros dos procesados en el momento de su detención, la sentencia 527/2010, de 30 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que condenó a cuatro integrantes de la Guardia Civil por delitos de torturas graves, consideró que esas lesiones se produjeron «en clara venganza o castigo por su pertenencia a ETA», lo que «excluye el contenido indagatorio», es decir, la finalidad de obtener una confesión o condicionar sus declaraciones en la causa (FJ 5º D) a)). Aunque dicha sentencia fue recurrida en casación ante el TS, las dos sentencias resultantes, de 2 de noviembre de 2011, revocaron la inicialmente condenatoria y absolviéron a los guardias civiles condenados por falta de pruebas inculpatorias suficientes. Afirma el TC en este sentido que no existe conexión temporal, espacial y personal entre la confesión de uno de los procesados, el señor Sarasola, y los malos tratos sufridos por este y otro de los acusados.

iii) El TS justifica en su auto de 18 de marzo de 2019 la denegación del recurso de revisión haciendo alusión a los argumentos de la sentencia del TEDH citada por el propio recurrente en su escrito. En concreto, el TEDH declara en su sentencia de 13 de febrero de 2018, la vulneración del artículo 3 CEDH, y puntualiza que, aunque los malos tratos sufridos por los demandantes no pue-

den ser calificados como torturas, sí eran lo suficientemente graves como para ser considerados como tratos inhumanos y degradantes (párr. 84). Sin embargo, también señala que los malos tratos no tuvieron un carácter «indagatorio», es decir, que no influyeron en la confesión, por lo que confirma el TC que el TEDH no encuentra una conexión entre las lesiones y la confesión de uno de los procesados, como tampoco lo hacen los tribunales españoles.

El TC completa su argumentación aludiendo a la STEDH de 26 de octubre de 2021, *asunto Serrano Contreras c. España*, en la que el TEDH apreció que el TS español no había ajustado, por la vía del procedimiento de revisión, la interpretación de las conclusiones y del fallo de la precedente STEDH de 20 de marzo de 2012 y, por lo tanto, el TS «se excedió del margen de apreciación que disfrutaban las autoridades nacionales y distorsionó las conclusiones de la sentencia del Tribunal; por lo tanto, el procedimiento impugnado no cumplió con el requisito de un ‘juicio de carácter equitativo’ en virtud del artículo 6.1 del Convenio» (párr. 39). Sin embargo, reafirma el TC que, en el presente caso, no se ha realizado una reinterpretación o una nueva valoración de lo dispuesto en la sentencia del TEDH. El TS, en cambio, a la vista del pronunciamiento de la Corte de Estrasburgo, ha realizado su juicio inicial de admisibilidad y ha concluido que no procedía autorizar el recurso de revisión demandado (FJ 5º C e)). Las diferencias entre el precedente y la sentencia del TEDH a la que se refiere el presente caso, justifican las disparidades en las conclusiones de uno y otro supuesto.

Con todo esto, concluye el TC que la pretensión del recurrente era, realmente, volver a discutir aquello que no impugnó en el proceso penal correspondiente, solicitando la apertura de un procedimiento de revisión ante la jurisdicción ordinaria, y entiende que «con la revisión de la sentencia se estaría ampliando significativamente, hasta desnaturalizarlo, el objeto propio de este procedimiento extraordinario de revisión, que no es el de celebrar un nuevo juicio para valorar nuevamente una prueba, (...) sino constatar la improcedencia de una sentencia condenatoria firme» (FJ 5º C d)).

No podemos olvidar la referencia del TC a la providencia del 19 de abril de 2021, en la que la Sección Cuarta de la Sala Segunda del propio Tribunal acuerda admitir a trámite el recurso de amparo por su «especial trascendencia constitucional». Ya entonces, se justifica la denegación del recurso de revisión por la ausencia de nuevos hechos relevantes, pues el auto de 18 de marzo de 2019, dictado por la Sala Segunda del TS, «dio respuesta pormenorizada a todas las alegaciones, bien que en sentido adverso a lo interesado». Procede entonces, afirma el TC, estar a lo ya resuelto y dar por concluida la vía judicial.

Además, el TC atiende al escrito de alegaciones del abogado del Estado, en el que, al igual que el fiscal, solicita la desestimación del recurso de amparo. Mientras que el abogado del Estado considera que el auto del TS de 18 de marzo de 2019 es una «resolución suficientemente motivada», el fiscal afirma, en términos similares, que la resolución impugnada «ofrece una respuesta que resulta suficiente y acomodada al canon de motivación constitucional reforzado, que no puede desvincularse de las circunstancias y contenido de las resoluciones judiciales preexistentes». De la misma forma, el TC confirma que «la decisión del Tribunal Supremo no se puede considerar como excesivamente rigorista o formalista, sino adecuada a la naturaleza, requisitos, fundamento y fines de este instrumento procesal extraordinario que es el del denominado recurso de revisión, en el que la seguridad jurídica debe prevalecer cuando no hay razón de justicia material que justifique dejar sin efecto una sentencia condenatoria firme» (FJ 5º C f).

En lo que respecta a la segunda cuestión, la modificación de la redacción del artículo 954 LECrim, llevada a cabo por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, hace necesario valorar la adaptación de nuestra jurisprudencia a sus requerimientos. El párrafo 1 de dicho artículo indica, que «se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes: a) Cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, *siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto*. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo [...]».

En el caso que nos ocupa, y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, no existe sentencia firme que declare que las manifestaciones de los recurrentes hayan sido arrancadas mediante violencia o coacción. Desde luego no lo declara el auto de 18 de marzo de 2019, dictado por la Sala Segunda del TS, como tampoco la STEDH, que ni siquiera se pronuncia sobre los hechos enjuiciados por la AN, que determinaron la condena de los recurrentes, sino sobre los que fueron objeto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en la que se condenó inicialmente por supuestos malos tratos a los guardias civiles que practicaron la detención. De hecho, advierte el TC que los malos tratos aparecen desconectados de la confesión por el momento y el lugar en el que se produjeron, así como por los guardias civiles que los lleva-

ron a cabo, diferentes de los que practicaron la detención. Destaca también el pronunciamiento de la procuradora de los tribunales, D<sup>a</sup>. Gloria Arias Aranda, al que hace referencia el TC, pues se pronuncia en este mismo sentido, y afirma que «para poder admitir un recurso de ese tipo hubiera sido necesario que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarara la influencia de los malos tratos en la declaración de uno de los procesados. Pero no ha sido así. Lo que el recurrente pretende es que el Tribunal Supremo asuma una función de investigación o averiguación de unos hechos, que es incompatible con la naturaleza del recurso de revisión» (Antecedente 3<sup>o</sup> 7).

El TC también valora la relevancia del párrafo 3 del artículo 954 LE-Crim., por el cual «se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión». Sin embargo, recuerda el TC que el objeto de la revisión no es la STEDH, sino la sentencia núm. 18/2010 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 21 de mayo de 2010, lo que pone en evidencia la falta de «legitimidad» activa para interponer el recurso extraordinario de revisión conforme a esta disposición, ya que el recurrente no fue demandante ante el TEDH. En este mismo sentido se manifiesta el abogado del Estado, que sostiene que el pronunciamiento del TEDH no exige una revisión de la condena impuesta, al igual que el recurso de revisión no está concebido como un proceso para ejecutar una sentencia del TEDH. Tal y como indica el TC, teniendo en cuenta que no se trata de un tribunal penal ni implica una nueva instancia penal, el pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo no implica, necesariamente, la reapertura de un proceso penal firme, algo que en todo caso ocurriría si concurrieran los requisitos previstos en el artículo 954 LECrim. Así, como ya afirmó el propio TS, no concurren los presupuestos para la revisión de la STS 18 de marzo de 2019, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (FJ 5<sup>o</sup>).

En definitiva, el TC desestima el recurso de amparo y apoya la razonabilidad de los motivos para justificar el cierre del proceso de revisión, al igual que lo hizo poco antes en la STC 63/2022, de 10 de mayo de 2022, ante la misma cuestión promovida, en ese caso, por el condenado Igor Portu Juanena. El TC considera que se realizó una interpretación del artículo 954 LECrim coherente con los antecedentes judiciales, incluida la sentencia del TEDH, y conforme

a las normas nacionales e internacionales en la materia, esencialmente el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con los artículos 6.1 del CEDH y 14.1 del PIDCP. Este supuesto refleja la aplicación de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, y en concreto de la modificación que introduce en el artículo 954 que, en el caso en cuestión y de acuerdo con la jurisprudencia, no se dan los requisitos establecidos en los párrafos 1 a) y 3 para proceder a la revisión del fallo condenatorio.

**Sentencia del Tribunal Constitucional  
(Sala Segunda, núm. 71/2022)  
de 13 de junio de 2022**

Recurso de amparo 4766/2019

Ponente: *Excmo. Sr. D. Enrique Arnaldo Alcubilla*

A continuación, se analiza el recurso de amparo núm. 4766-2019, interpuesto por Barna Import Médica, SA (Bimédica), contra los autos de 1 de marzo y 7 de junio de 2019 dictados por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en el recurso de casación núm. 7889-2018. Mientras que el auto de 1 de marzo de 2019 inadmite el recurso de casación, el auto de 7 de junio de 2019 desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente contra la inadmisión del recurso de casación.

Entre los hechos más destacables, mediante resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 26 de mayo de 2016, la sociedad mercantil Bimédica fue declarada responsable de una infracción muy grave, única y continuada, constitutiva de cartel, de los artículos 1 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (LDC) y 101 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. En concreto, se le otorga responsabilidad por la adopción y ejecución de acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución y dispensación (a través del canal farmacéutico) de productos absorbentes para la incontinencia severa de orina financiados por el Sistema Nacional de Salud y destinados a pacientes no hospitalizados, motivo por el que se le impuso una sanción por importe de 1.445.104 €

La recurrente sostiene que, pese al carácter materialmente penal de la sanción impuesta, no ha podido disponer de una segunda instancia jurisdiccional que revise la aplicación de la sanción porque su recurso de casación fue inadmitido de plano y de forma manifiestamente inmotivada. Alega que dicho recurso reviste especial trascendencia constitucional por vulnerar su derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva en dos vertientes: i) en el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; y, ii) en el derecho a la doble instancia en materia penal conforme al artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 2 del *Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) y el artículo 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP).

En primer lugar, en cuanto a la falta de motivación de la resolución judicial que inadmite el recurso de casación, el TC entiende que el derecho de acceso a la jurisdicción conforme al artículo 24.1 CE no debe ser el objeto de la discusión, sino el derecho de acceso al recurso. Atendiendo a la jurisprudencia del propio TC, la revisión de los pronunciamientos sobre la inadmisión de recursos no es competencia del TC, sino de los tribunales ordinarios, a menos que exista arbitrariedad en la decisión, sea manifiestamente irrazonable, o incurra en un error de hecho patente con relevancia constitucional (por ejemplo, SSTC 181/2001, de 17 de septiembre, FFJJ 2º y 3º, y 74/2003, de 23 de abril, FJ 3º). En este sentido, el TC afirma, que «no corresponde a este tribunal valorar la existencia de interés casacional objetivo en el supuesto planteado, puesto que el objeto del presente recurso es el razonamiento del órgano judicial acerca de la concurrencia o no de la concreta circunstancia de admisión pretendida en el recurso» (FJ 5º).

Las cuestiones que plantea la recurrente sobre la proporcionalidad e individualización de la sanción fueron ya examinadas por la Audiencia Nacional, y posteriormente por el TS, que motivaron sus respectivas sentencias atendiendo a la legislación vigente y a pronunciamientos anteriores del tribunal casacional. Afirma el TC al respecto que estas sentencias de instancias anteriores «no pueden ser cuestionadas desde la perspectiva de su suficiencia, pero tampoco en relación con su contenido razonado y no arbitrario» (FJ 5º). Mientras que la recurrente ya obtuvo respuesta a las cuestiones planteadas, el TC no aprecia arbitrariedad en el caso, y considera que la inadmisión del recurso de casación fue suficiente desde la perspectiva del artículo 24.1 CE.

En segundo lugar, el TC estudia la aplicabilidad del derecho a la doble instancia en materia penal para el caso objeto de recurso. Recuerda el TC que el párrafo 3 de la *Disposición Adicional Cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA) establece que las resoluciones y actos del presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, son recurribles, directamente y en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Al respecto, la recurrente en amparo argumenta que las normas sancionadoras en materia de defensa de la competencia tienen naturaleza penal a los

efectos de aplicar las disposiciones y garantías del CEDH. En concreto, sostiene que la doble instancia en el ámbito penal es una garantía que debe proyectarse sobre el derecho administrativo sancionador de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH en la sentencia del asunto *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976. Más recientemente, en el asunto *Saquetti c. España*, de 30 de junio de 2020, el TEDH aplica la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena impuesta sea sometida a la revisión de un tribunal superior. Esta garantía se ha extendido a determinadas infracciones no estrictamente penales para abarcar otro tipo de «infracción penal» del artículo 2 del Protocolo núm. 7 del CEDH en relación con el de «acusación en materia penal» del artículo 6.1 CEDH. El TEDH ha interpretado estas disposiciones de forma que extienda la aplicación de las garantías del CEDH a otros tipos de infracciones.

Sin embargo, el TC no considera aplicable el asunto *Saquetti c. España* para el caso contra Barna Import Médica, SA (Bimédica), ya que existen diferencias en el importe de la sanción, en el ámbito material de ambos casos, y, sobre todo, en el contexto normativo en el que se enmarcan, que influye en la existencia o no de recurso. Atendiendo a esta última, el TC reafirma que «la legislación procesal española sí reconocía una vía de recurso que el recurrente pudo utilizar y de hecho utilizó, sin perjuicio de que resultase en una decisión de inadmisión de su recurso de casación». De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH (STEDH de 13 de febrero de 2001, asunto *s. Krombach c. Francia*, párr. 96, y STEDH de 30 de octubre de 2014, asunto *Shvydka c. Ucrania*, párr. 49), la exigencia del artículo 2 del Protocolo núm. 7 del CEDH sobre el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, se cumple tanto con los tribunales de apelación como con los de casación. Confirma el TC que la regulación específica de esta exigencia, así como la establecida en el artículo 6.1 CEDH sobre el derecho a un proceso equitativo, depende de la normativa interna de los Estados, dada la excepcionalidad del recurso de casación (FJ 6º). En esta línea, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, y en particular a los tribunales, interpretar la legislación interna (SSTEDH de 19 de diciembre de 1997, asunto *Brualla Gómez de la Torre c. España*, párr. 31, y de 19 de febrero de 1998, asunto *Edificaciones March Gallego S.A.*, párr. 33). En el caso de los tribunales españoles, y en concreto del TS, se establece una interpretación en favor del interés casacional. Además, la doctrina constitucional pone de manifiesto la existencia de márgenes amplios de discrecionalidad del legislador a la hora de configurar el recurso de casación (STC 82/2015, de 30 de abril, FJ 2º). Sin embargo, también recuerda el TC que el recurso de casación tiene carácter extraordinario y, por lo tanto, debe estar sometido a requisitos extrínsecos e

intrínsecos. Es igualmente importante recordar que la garantía del CEDH, de acuerdo con el propio TC, se entiende «no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto» (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 4º).

Concluye el TC reafirmando la doctrina del TS, que «no se opone a que la impugnación de la sanción impuesta por la administración y confirmada en la instancia pueda ser examinada en casación por el Tribunal Supremo, incluso aunque, en el caso concreto, la decisión consista en la inadmisión del recurso (...) siempre que sea motivada y se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente» (STC 10/2022, de 7 de febrero, FJ 3º). Con todo esto, la interpretación de las garantías del CEDH en relación con el Derecho interno es una cuestión que depende únicamente del uso de la capacidad normativa del legislador dentro del marco legal establecido, y considerando el equilibrio de intereses y valores del proceso en cuestión. Por lo tanto, el TC, considerando que la inadmisión del recurso de casación estuvo correctamente motivada y fue acorde a la interpretación del CEDH por parte del TEDH, desestima la queja por falta de privación indebida del «derecho a los recursos en materia penal» que se invoca.

Mónica CHINCHILLA ADELL  
*Universidad de Navarra*

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

El artículo 10.2 de la *Constitución Española* establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Existe, por lo tanto, un evidente nexo entre la norma suprema del ordenamiento jurídico español y los Derechos Humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional y suscritos por España. Esta sección muestra algunos ejemplos de cómo los tribunales españoles resuelven las controversias teniendo en cuenta la existencia de acuerdos internacionales en el ámbito de los Derechos Humanos en consonancia con el mandato constitucional del artículo 10.2. En primer lugar, se analizan

dos sentencias, una del Tribunal Supremo (TS) y otra del Tribunal Constitucional (TC), en las que resultan especialmente reveladores los votos particulares de algunos de los Magistrados. La tercera sentencia presenta un recurso de inconstitucionalidad que valora el alcance del régimen de visita o estancia atendiendo al «interés superior del menor». Finalmente, en la cuarta sentencia, el Tribunal Constitucional considera la aplicación de la obligación de los cargos públicos electos de jurar o prometer acatamiento a la Constitución en el ámbito de la Unión Europea.

**Sentencia del Tribunal Supremo  
(Sala de lo Penal, Sección Segunda, núm. 644/2022)  
de 27 de junio de 2022**

Recurso de casación 3974/2021

Ponente: *Excm. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz*

El 4 de noviembre de 2020, como respuesta a unas diligencias urgentes previas, el Juzgado de lo Penal núm. 25 de Barcelona condena en la Sentencia núm. 337/2020 al acusado D. Eugenio a pena de prisión de un año y seis meses por un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada en grado de tentativa. Dicho Juzgado, a su vez, decide sustituir la pena de prisión por la de expulsión del territorio español con prohibición de entrada al mismo por tiempo de cinco años. Sin embargo, posteriormente, el acusado presenta recurso de apelación y la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia en la Sentencia núm. 79/2021, dictada el 25 de enero de 2021 para revocar la sustitución de la pena privativa de libertad, es decir, dejar sin efecto la sustitución de la pena privativa de libertad por la de expulsión del territorio nacional impuesta al condenado. Es entonces cuando el Ministerio Fiscal presenta recurso de casación núm. 3974/202 y el TS falla en la STS 644/2022, de 27 de junio, estimando sus pretensiones y considerando apropiada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional en condiciones constitucionalmente aceptables.

Entre sus argumentos, el TS sostiene que el criterio adoptado por la Audiencia Provincial no se ajusta a la jurisprudencia de la Sala ni al criterio adoptado anteriormente por otras Audiencias. El artículo 89.1 del *Código Penal* vigente –conforme a la reforma operada por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*– indica que «las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español».

Ante tal «automatismo del legislador», el TS, de acuerdo con la jurisprudencia de la propia Sala y la doctrina del TC y del TEDH, considera necesario que se cumplan unos «cánones esenciales constitucionalmente consagrados de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación» para hacer una excepción y denegar la sustitución de la pena (FJ 3º).

Tanto el Ministerio Fiscal como el TS consideran relevante el hecho de que el acusado no acudió al acto del juicio cuando estaba correctamente citado, ya que la *audiencia* del acusado no es un trámite meramente formal, como tampoco lo es el principio de *contradicción*, sino que ambos resultan fundamentales para «exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse» (STC núm. 242/1994, de 20 de julio). También se debe atender a la *proporcionalidad* de la medida teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las circunstancias personales del autor. En concreto, para que pueda ser sustituida la pena de prisión por la expulsión, el ciudadano extranjero debe de carecer de arraigo en España, valorando los tribunales numerosos factores personales, familiares y/o laborales. Y, por último, la *motivación*, para garantizar el cumplimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (FJ 4º).

El TS otorga especial relevancia a las alegaciones en vía judicial sobre el aspecto del arraigo, «al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el artículo 3.1 de la *Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de Derechos del Niño*» (STC 29/2017, de 27 de febrero). Sin embargo, a su vez, recuerda pronunciamientos anteriores del TC para reafirmar la obligación de las partes de actuar «con la diligencia razonablemente exigible» para poder alegar indefensión (STC núm. 203/2005, de 18 de julio de 2005). Asimismo, nos recuerda que el TEDH establece que, para responder a los objetivos del CEDH (y en concreto a su artículo 6), «la renuncia al derecho a participar en la audiencia debe establecerse de manera inequívoca y contar con unas garantías mínimas, como, por ejemplo, no enfrentarse a ningún interés público importante o que el acusado pudiera prever razonablemente las consecuencias de su conducta» (SSTEDH, caso *Hermi c. Italia*, párrs. 73 y 74, y caso *Sejdovic c. Italia*, párrs. 86 y 87).

Con todo esto, considera el TS que fue decisión de D. Eugenio no acudir y, por tanto, no beneficiarse del derecho de audiencia. Además, afirma que el condenado no aportó información que acreditara su arraigo en España, sus circunstancias personales, su situación familiar y laboral. Por todo esto, el TS estima el recurso de casación impuesto por el Ministerio Fiscal y declara la

firmeza de la sentencia núm. 337/2020 del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Barcelona del 4 de noviembre de 2020, que condena a D. Eugenio a un año y seis meses de prisión, con la consecuente sustitución por la expulsión del territorio español por un plazo de cinco años.

Resulta especialmente interesante en este caso el voto particular de los Excmos. Sres. Magistrados D. Antonio Del Moral García y D. Javier Hernández García al que se adhiere el Excmo. Sr. Andrés Palmo Del Arco y la Excmo. Sra. Ana Ferrer García frente a la sentencia del Pleno, en concreto, sobre la decisión de expulsión del condenado. En contra del pronunciamiento del Pleno, sostienen que la sentencia de la Audiencia Provincial no infringe la ley, pues cabe decidir sobre la expulsión tras un juicio en ausencia del condenado. De hecho, los Magistrados afirman que puede ser incluso «preferible y hasta aconsejable», y que «posponer la decisión sobre la expulsión a un momento procesal previsto expresamente para ello en la norma, con la finalidad de asegurar la audiencia personal del acusado extranjero, puede resultar no sólo razonable sino también necesario si se quieren asegurar adecuadamente los derechos fundamentales en juego» (párr. 10).

Para los Magistrados, resulta evidente que la expulsión puede afectar negativamente a «una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1, en relación con el art. 10.2 CE)» (STC 113/2018, de 29 de octubre). Además, el TEDH también advierte del posible conflicto entre dicha expulsión y los derechos a la vida privada y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes, como recogen los artículos 8 y 3 del CEDH, respectivamente (párr. 11). Es por eso que la jurisprudencia del TEDH obliga a los Estados a valorar los posibles riesgos y consecuencias de la expulsión para la vida personal y sociofamiliar del condenado (STEDH (Gran Sala), caso *Savran c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 2021, y otros).

Lejos de resultar indiferente, los Magistrados del TS, en su voto particular, entienden que la comparecencia del condenado es esencial para garantizar una serie de derechos fundamentales reconocidos en los ámbitos nacional e internacional. También se refieren a la reforma de la *Ley Orgánica 5/2010 del Código Penal* que, a su juicio, trata de «garantizar mejor, mediante una audiencia personal y efectiva, el derecho de defensa de quien podía ser expulsado del territorio nacional, por un lado, y, por otro, el acceso del tribunal a informaciones indispensables para que la medida, de acordarse, no resultara contraria a los derechos fundamentales en juego» (párr. 14).

Esta sentencia del TS junto con el voto particular de cuatro de sus Magistrados pone de manifiesto la ponderación de diferentes derechos fundamen-

tales recogidos en los tratados internacionales en vigor, cuyo reconocimiento se desprende del artículo 10.2 CE. En este caso, el voto particular hace mayor hincapié en el mandato constitucional y otorga mayor relevancia a la protección de derechos del ámbito personal y familiar frente a la falta de diligencia por parte del condenado al no acudir al acto del juicio.

## **Sentencia del Tribunal Constitucional (núm. 89/2022)**

**de 29 de junio de 2022**

Recurso de amparo 5310-2020

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

El presente recurso de amparo (núm 5310-2020) se presenta contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, de 17 de septiembre de 2020 (que desestima el recurso de casación núm. 1733-2019). También contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN, de 14 de diciembre de 2018 (que estima el recurso contencioso-administrativo núm. 520-2017), que falla en contra de varias resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). En contra de los pronunciamientos mencionados, ésta agencia estima la reclamación formulada por el recurrente don M. J. L. instando a la entidad Google, Inc. a adoptar «las medidas necesarias para evitar que su nombre se vincule en los resultados de búsqueda a las urls reclamadas» (resolución de la AEPD R/00725/2017, procedimiento TD/02177/2016, de 16 de marzo de 2017).

La disputa se basa en una serie de comentarios negativos que una usuaria deja en unos portales de quejas estadounidenses, en los que detalla datos personales del recurrente y de su empresa inmobiliaria, considerándolo un «estafador», «timador», o «abusador de trabajadores». Ante estos comentarios, M. J. L. emite una solicitud de cancelación a la empresa Google, LLC. pidiendo que sus datos personales no se asocien en los resultados de su motor de búsqueda. El recurrente considera que, con estos comentarios, se vulnera el artículo 18.4 CE en relación con los artículos 7 y 8 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE), y del derecho fundamental al olvido reconocido en el artículo 17 del *Reglamento (UE) 2016/678, de 27 de abril*, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, por el que se deroga la

*Directiva 95/46/CE*. La entidad demandada Google, LLC denuncia la infracción de los artículos 20 CE, 10 del CEDH, 11 de la CDFUE, y 19.2 del PIDCP, y muestra su disconformidad con la doctrina del TJUE. En concreto, defiende que el interés preponderante del público de acceder a dicha información debía prevalecer sobre el derecho a la protección de datos personales.

Para abordar la cuestión planteada en amparo por el recurrente, el TC pone de manifiesto los derechos fundamentales que deben ponderarse en este caso: por una parte, el derecho a la protección de datos personales, consagrado en el artículo 18.4 CE, que garantiza el poder de disposición sobre estos datos. Y, por otra parte, el derecho a la libertad de información y el interés general del público en acceder a dicha información consagrado en el artículo 20 CE. Concreta, además, que, atendiendo a supuestos similares anteriores resueltos en amparo, el derecho fundamental cuya vulneración debe ser objeto de análisis es el derecho a la protección de datos del artículo 18.4 CE en su vertiente del *derecho al olvido*. Establece el Tribunal que el derecho al olvido reconoce el poder de una persona a disponer de sus datos personales—incluso cuando no afecten a su honor, intimidad personal y familiar o a la propia imagen—y pedir la supresión del tratamiento que se haga con los mismos en determinadas circunstancias. Este derecho fundamental no tiene cabida únicamente en el ámbito constitucional español, sino que el derecho al olvido se encuentra también recogido en la *Directiva 95/46/CE*, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, teniendo en cuenta la interpretación que la STJUE *Google Spain*, de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12 (y posteriormente la STC 58/2018, FJ 5º) dio a los artículos 12 b) y 14.1 a) de dicha Directiva (FJ 3º a)).

De esta forma, el ejercicio del derecho al olvido en las búsquedas de internet deriva del sometimiento de los gestores de motores de búsqueda como Google al orden jurídico internacional para la protección de ciertos derechos fundamentales y, más concretamente, a la normativa europea de protección de datos. Los particulares, por lo tanto, tienen la posibilidad de hacer valer su derecho al olvido frente al gestor de un motor de búsqueda, atendiendo, no obstante, a una serie de límites que el TC entra a valorar conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. En este sentido, destaca la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en torno a la importancia de los buscadores en la difusión de la información en internet y sus repercusiones en el derecho a la vida privada.

En este contexto, hay dos aspectos que el TC considera relevante valorar: i) el «justo equilibrio» entre intereses contrapuestos; y, ii) el factor tiempo.

i) En primer lugar, el TC atiende a la jurisprudencia del TJUE para ponderar «el justo equilibrio» entre el interés legítimo de los interesados en el acceso a la información –a los que denomina «internautas»– y los derechos fundamentales de la persona afectada conforme a los artículos 7 y 8 de la CDFUE (STJUE *Google Spain*, párr. 81). El Tribunal europeo afirmó que los derechos fundamentales de la vida privada y de protección de datos personales «prevalecen con carácter general» y «en principio» sobre el interés del público en tener acceso a dicha información (STJUE *Google Spain*, párrs. 81 y 97). Sin embargo, en la posterior STJUE *GC y otros* sobre la retirada de enlaces a datos sensibles (asunto C-136/17, de 24 de septiembre de 2019), se considera el interés legítimo de los internautas a acceder a una página web mediante un buscador como Google en virtud del derecho a la libertad de información garantizada por el artículo 11 CDFUE (párr. 66). Con la previa aprobación del Reglamento europeo de protección de datos, el derecho al olvido del interesado queda excluido cuando el tratamiento resulta necesario para ejercer, entre otros, el derecho a la libertad de información (art. 17.3 a)). Por ende, la injerencia en el derecho al olvido (art. 18.4 CE) está justificada si, por razones concretas, existe un «interés preponderante» en tener acceso a cierta información (STJUE *GC y otros*, párr. 53). Esto conduce al propio TJUE a afirmar que el derecho a la protección de datos personales no constituye un derecho absoluto, sino que (...) debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales con arreglo al principio de proporcionalidad» (STJUE *GC y otros*, párr. 57).

El TC analiza si la valoración de los criterios de ponderación de la relevancia pública de lo difundido es acorde a los parámetros constitucionales. Parece evidente que el recurrente no tiene una condición pública como persona. Pero el TC sí considera necesario determinar si el acceso a la información publicada contribuye a la formación de una opinión pública libre. Es decir, si existe un interés de los consumidores y usuarios en conocer y acceder a aquellas publicaciones que contienen valoraciones y opiniones sobre profesionales a través del motor de búsqueda.

Con este fin, el TC sostiene que los comentarios utilizados en los portales controvertidos, pese a descalificar al recurrente, no son formalmente vejatorios, característica que supondría un límite a la prevalencia de la información. Para ponderar los derechos fundamentales en disputa y alcanzar esta conclusión, el Tribunal atiende al contexto en el que se producen los comentarios, así como el contenido de las frases, su tono y su finalidad (FJ 5º A a i)). Considera especialmente relevantes los pronunciamientos del TEDH en relación con la

protección de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH. En la sentencia de 2 de febrero de 2016, asunto *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu ZRT c. Hungría*, el TEDH entiende que comentarios de esa índole y en ese contexto son más bien «juicios de valor», y no declaraciones difamatorias (párr. 75).

En esta misma línea, el TJUE distingue entre el tratamiento de información por parte de un gestor de un motor de búsqueda y por parte de un editor de página web (STJUE *Google Spain*, párrs. 86 y 87), y sostiene que no recae sobre ambos la misma responsabilidad. Aun así, los gestores de un motor de búsqueda también deben ejercer algún tipo de control, y los considera responsables del tratamiento de datos personales porque es «quien determina los fines y los medios de esta actividad» (STJUE *Google Spain*, párr. 33).

El TC concluye con respecto a esta primera cuestión que las opiniones y comentarios sobre la actividad profesional de personas particulares no públicas no contribuye necesariamente a la formación de una opinión pública libre (FJ 5º A b) ii)). De modo que el TC continúa con su análisis de la cuestión.

ii) En segundo lugar, sostiene el TC que el factor temporal, la antigüedad de los datos, permite valorar si el interés de los internautas en acceder a la información publicada es actual, o si el paso del tiempo ha disminuido el interés del público (STC 58/2018, de 4 de junio). Avala esta postura el artículo 17.1 a) RGPD, que permite que un interesado pueda solicitar la exclusión de las listas de datos personales si ya no son necesarios en relación con el tratamiento del proveedor del motor de búsqueda, al igual que las Directrices 5/2019, de 7 de julio de 2020, adoptadas por el Comité Europeo de Protección de Datos sobre los criterios del derecho al olvido en los casos de motores de búsqueda en virtud del RGPD. En este sentido, concluye el TC que, de las sentencias previas del caso en cuestión, no se pone de manifiesto la existencia de un interés preponderante del público en acceder a dicha información como para sacrificar el derecho al olvido del recurrente respecto al motor de búsqueda Google (FJ 5º B).

Cabe mencionar que, aunque el TC también considera relevante el alcance territorial de la disputa –analiza comentarios vejatorios que provienen de una usuaria estadounidense y que están dirigidos a un empresario español– reconoce que el recurrente no lo ha solicitado, y que al Tribunal «no le corresponde reconstruir de oficio las demandas» (SSTC 181/2020, de 14 de diciembre, FJ 3º, y 21/2021, de 15 de febrero, FJ 3º).

En este punto, el TC estima el recurso de amparo y declara que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a

la protección de datos personales (art. 18.4 CE). El TC también declara nulas dichas resoluciones judiciales y reestablece la vigencia de las resoluciones dictadas por la AEPD, que obligan a Google a «adoptar las medidas necesarias para evitar que su nombre [el del recurrente] se vincule en los resultados de búsqueda a las urls reclamadas» (FJ 6º).

Finalmente, para valorar la aplicación del artículo 10.2 CE por parte de los tribunales españoles, resulta de especial interés el voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos y la Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Balaguer Callejón. Los Magistrados reafirman la trascendencia constitucional del recurso para adaptar la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de supresión de datos personales, pero más especialmente para adaptar su jurisprudencia al ordenamiento jurídico internacional, tanto al reciente RGPD de la Unión Europea como a los diferentes pronunciamientos del TJUE y del TEDH. También reconocen «el fundamental valor que en una construcción evolutiva de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución tiene la cláusula de interpretación conforme del art. 10.2 CE», que impone un «constante diálogo con los órganos encargados de la interpretación del derecho regional (...) e internacional de los derechos humanos» (párr. 3). Estiman, no obstante, que dicho diálogo no debe sustituir el papel de la Constitución y de su jurisprudencia como referente en la protección de los derechos humanos. Los Magistrados optan por una evaluación del derecho al olvido y sus límites poniendo el foco en la construcción y encaje constitucional. Por lo tanto, el pronunciamiento del Pleno del TC y los votos particulares de dos de sus Magistrados muestran diferentes interpretaciones y aplicaciones del artículo 10.2 CE, otorgando un mayor o menor peso a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en su argumentación con respecto a los derechos protegidos en la Constitución.

## **Sentencia del Tribunal Constitucional (núm. 106/2022)**

**de 13 de septiembre de 2022**

Recurso de inconstitucionalidad 5570-2021

Ponente: *Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García*

A continuación, se analiza un recurso de inconstitucionalidad (núm. 5570-2021) interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra el artículo 2, apartados 10 y 19,

de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En concreto, los apartados de dicho artículo 2 confieren una nueva redacción a los artículos 94 (párr. 4) y 156 (párr. 2) CC, respectivamente. Sin embargo, para valorar la interpretación y aplicación del artículo 10.2 CE por parte de los tribunales españoles en coherencia con esta sección, se pondrá el foco de atención en el apartado 10 del artículo 2 de la Ley 8/2021, que modifica el art. 94 (párr. 4) CC.

Los recurrentes consideran que la reforma en cuestión está totalmente injustificada porque no existe relación entre las normas impugnadas y la finalidad perseguida por la Ley 8/2021. Tampoco encuentran conexión entre la modificación de dicha Ley y la adaptación normativa a la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, a la que se alude en el preámbulo como justificación de la reforma.

Al respecto, sostiene el propio TC que no ejerce una función de «juez de la calidad técnica de las leyes», sino de «vigilante de su adecuación a la Constitución» (FJ 1º C). Mientras que los recurrentes hacen hincapié en el deber de los poderes públicos de «asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia», así como la protección integral de los hijos y de las madres (art. 39 CE), el TC descarta que los preceptos constitucionales alegados por los recurrentes otorguen al TC «una facultad de supervisión entendida como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador» (FJ 3º). Defiende, en cambio, que el legislador puede modular la capacidad decisoria de los órganos judiciales adoptando normas que determinen la resolución oportuna sobre las estancias y visitas.

El TC valora las alegaciones de los recurrentes que sostienen que, al privar al progenitor de los derechos de visita y estancia por imposición legal, también se lesiona la efectividad del mandato constitucional de velar por la protección de los menores conforme al artículo 39 CE. Es preciso recordar en este punto el tenor literal del artículo 94 (párr. 4) CC:

«No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la *autoridad judicial* podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada

en el *interés superior del menor* o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar».

El TC ha reconocido la dimensión constitucional del derecho de visitas, comunicaciones y estancias (art. 94 CC) desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). Afirma en este sentido, que tanto la regulación como la aplicación del régimen de visitas, comunicaciones y estancias «deben estar presididas por la protección del interés superior del menor» (FJ 2º B). Asimismo, como parte de la doctrina consolidada del TC, la autoridad judicial correspondiente deberá ponderar la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas, y, en caso de conflicto, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés del menor (STC 176/2008, FJ 6º). Al respecto afirma el TC que, para alcanzar el fin pretendido, «debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves» (FJ 3º). De modo que será la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE).

Estas ideas también quedan recogidas en los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores que «contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, *salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa*» (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 5º). En este sentido, el TC valora la cuestión planteada atendiendo al artículo 10.2 CE y, por ende, a los acuerdos internacionales ratificados por España en esta materia. Menciona, en concreto, la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* de 1989, que reconoce el «interés superior del menor» como una «consideración primordial» por parte de los Estados parte. Reconocimiento que también está presente en el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* de 1993; en el *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* de 1996; así como en diferentes disposiciones del ámbito de la Unión Europea. Precisamente recuerda la STEDH de 6 septiembre de 2018 (asunto *Jansen c. Noruega*, párrs. 88-93), de la que extrae que «los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales».

Con todo esto, y de la mera lectura del propio artículo 94 CC en su conjunto, el TC extrae que «el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias». En contra de lo que sostienen los re-

currentes, el artículo 94 (párr. 4) CC atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, según lo que estime necesario o conveniente en beneficio del interés superior del menor (STEDH, de 23 de junio de 2020, asunto *Omorefe c. España*, párr. 59) (FJ 4º C). El TC concluye –sin entrar en valoraciones técnicas– que el artículo 94 (párr. 4) CC, carece del «automatismo» que alegan los recurrentes, y no predetermina legalmente el alcance del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Tampoco contraviene el artículo 39 CE, ni la doctrina del propio TC, ni la del TEDH, ni los convenios internacionales, que sirven de pauta interpretativa conforme al artículo 10.2 CE. Por eso, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional (núm. 148/2022)**

**de 29 de noviembre de 2022**

Recurso de amparo 1194/2021

Ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Sáez Valcárcel*

El 2 de marzo de 2021, tras varios intentos anteriores, el procurador y representante de don Carles Puigdemont i Casamajó y de don Antoni Comín i Oliveres, interpone recurso de amparo núm. 1194-2021 contra el procedimiento núm. 278-2019 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que es objeto del presente proceso constitucional.

La demanda se dirige, entre otras cuestiones, contra los acuerdos de la Junta Electoral Central (JEC) de 20 de junio de 2019 tras las elecciones al Parlamento Europeo celebradas el 26 de mayo de 2019, en las que los demandantes fueron candidatos por la coalición «Lliures per Europa (Junts)». En sus acuerdos, la JEC rechaza la validez de la promesa *no presencial* de acatamiento de la Constitución efectuada días antes por los diputados electos. Más concretamente, la Sala decide comunicar al Parlamento Europeo que, en aplicación del artículo 224.2 de la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (LOREG), se declaran vacantes sus escaños hasta prestar personalmente acatamiento de la Constitución, así como suspendidas las prerrogativas parlamentarias que les pudieran corresponder por razón de sus cargos hasta que cumplimentasen dicha exigencia legal, que impone la obligación de jurar o prometer acatamiento a la Constitución ante la JEC en el plazo de cinco días desde la proclamación. El propio TC ha aplicado

este requisito con flexibilidad. No obstante, dada la naturaleza constitutiva y personalísima del acto de acatamiento de la Constitución, la JEC no considera razonable admitir la validez de la promesa no presencial llevada a cabo por don Carles Puigdemont i Casamajó y de don Antoni Comín i Oliveres.

Al mismo tiempo, el tribunal enjuiciador de otra causa contra el señor Junqueras Vies plantea una serie de cuestiones interpretativas sobre el artículo 9 del Protocolo núm. 7 –privilegios e inmunidades de la Unión– ya que, al estar el demandado en prisión, le resulta imposible cumplir con los requisitos del artículo 224.2 LOREG. En la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto Junqueras Vies, C-502/19), el Tribunal europeo declara que «un diputado al Parlamento Europeo se considera electo desde la proclamación oficial de las candidaturas en el Estado en el que ha sido elegido, momento a partir del cual adquieren vigencia los privilegios e inmunidades propios de su estatuto parlamentario» (Antecedente 2º h). De modo que don Carles Puigdemont i Casamajó y de don Antoni Comín i Oliveres quedan autorizados a asumir sus funciones y ejercer sus derechos conforme al estatuto de diputado europeo.

En este caso, el TC resuelve la cuestión haciendo referencia a la STC 144/2022 cuando afirma que «la satisfacción extraprocesal de las pretensiones formuladas en amparo y la desaparición sobrevenida del objeto del proceso (...) han sido admitidas por este tribunal como una de las formas de terminación de los distintos procesos constitucionales» (FJ 3º). El pleno reconocimiento de los recurrentes como diputados del Parlamento Europeo el 13 de enero de 2020 a raíz de la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto Junqueras Vies, C-502/19) –pero con efectos retroactivos a la fecha de la primera sesión de la legislatura de 2 de julio de 2019– «supone una reparación de facto de los derechos fundamentales que de forma nuclear constituye el contenido de la pretensión de amparo» (FJ 2º). El TC considera innecesario valorar el resto de pretensiones de amparo –incluyendo la revisión judicial de las decisiones de la JEC– pues todas ellas están directamente relacionadas con la primera pretensión desestimada.

En cualquier caso, es pertinente valorar las diferentes perspectivas que adoptan las partes a la hora de interpretar y aplicar el artículo 10.2 CE, que exige la interpretación de las normas constitucionales conforme a las obligaciones internacionales.

Por una parte, los recurrentes solicitan la declaración de vulneración de una serie de derechos fundamentales –a destacar el derecho a acceder y ejercer conforme a la ley, en condiciones de igualdad, un cargo público representativo (art. 23.2 CE)– que lleve consigo la nulidad de los acuerdos de la JEC y de las resoluciones anteriores del Tribunal Supremo. Con este fin, argumentan que

el litigio debería estar sometido al Derecho de la Unión, puesto que la disputa gira en torno a la adquisición de condición de diputado europeo conforme al artículo 39.2 de la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE) y al *Acta relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal* (Acta Electoral), de 8 de octubre de 1976. Entienden, además, que el artículo 224.2 de la LOREG que aplican los tribunales españoles es contrario al Derecho de la Unión en virtud del artículo 8 del Acta Electoral en relación con su artículo 12, que no autoriza a establecer condiciones adicionales para adquirir la condición de diputado una vez han sido proclamados los resultados oficiales de las elecciones. Por lo tanto, alegan la inconstitucionalidad del artículo 224.2 LOREG y consideran que el Tribunal europeo debe pronunciarse sobre la compatibilidad de las normas electorales nacionales y los criterios de aplicación de estas con el Derecho de la Unión. Atendiendo a las exigencias del artículo 10.2 CE, los recurrentes entienden que las normas aplicables deben interpretarse «de la manera más favorable a la efectividad de los derechos reconocidos en la CDFUE, con especial consideración de los principios de primacía, equivalencia y efectividad que se alegan» (Antecedentes 3º a)).

Por otra parte, cabe recordar que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera en su sentencia núm. 723/2020, de 10 de junio, que el acatamiento de la Constitución no es una mera formalidad en el Derecho Constitucional español y, por lo tanto, ante la falta de cumplimiento de este requisito no se adquiere la plena condición del cargo en cuestión (FJ 6º). Concreta, además, que no hay ni en el Derecho de la Unión Europea ni en el CEDH «elementos que ofrezcan una mayor garantía que la que ofrece directamente la Constitución», que es plenamente acorde a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 19 de diciembre de 2019). En esta misma línea, la JEC valora la importancia de los tratados internacionales, incluidos los comunitarios, como «criterio hermenéutico particularmente valioso en materia de derechos fundamentales, en los términos reconocidos en el artículo 10.2 de la Constitución». Sin embargo, también sostiene que las obligaciones internacionales no crean derechos fundamentales *per se* a efectos del recurso de amparo constitucional, y tampoco constituyen el canon de constitucionalidad con el que el TC debe enjuiciar las vulneraciones de derechos constitucionales alegados por los recurrentes (Antecedente 7 a)). Al margen de los aspectos ideológicos, recuerda el TC que la promesa presencial de acatamiento de la Constitución es «una exigencia que nuestro legislador ha considerado imprescindible para acceder a cargos públicos representativos», independientemente de su ámbito nacional, comunitario o internacional (Antecedente 7 b)).

Por lo tanto, resultan evidentes las diferentes posturas de ambas partes con respecto a la aplicación del artículo 10.2 CE en este caso concreto. El TC desestima el recurso de amparo debido a la satisfacción extraprocesal de las pretensiones planteadas, pues la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto Junqueras Vies, C-502/19) ya reconoce a los recurrentes como diputados del Parlamento Europeo el 13 de enero de 2020. A su vez, no obstante, el TC no duda en poner en valor la interpretación del propio Tribunal frente al criterio de las normas internacionales, importantes pero no absolutas, para la correcta aplicación de los derechos constitucionales conforme al artículo 10.2 CE.

Mónica CHINCHILLA ADELL  
*Universidad de Navarra*

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

De las sentencias dictadas en el año 2022 destaca una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativa al procedimiento de concesión o retirada de la protección internacional y la posible injerencia del deber de velar por el mantenimiento de la unidad familiar en el seno de la Unión Europea. Asimismo, se subrayan dos sentencias de la Audiencia Nacional (AN) en materia de asilo y protección subsidiaria de un ciudadano de Ucrania, que destaca por la consideración de la Sala de las circunstancias derivadas de la actual guerra en un caso previo, y otro de Guinea, que resultan de interés para repasar la jurisprudencia consolidada en esta materia. Por último, se hace referencia a una sentencia del Tribunal Supremo (TS) que clarifica el alcance de la suspensión de la expulsión ante una petición de protección internacional.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**  
**(Gran Sala, caso XXXX contra *Commissaire général***  
***aux réfugiés et aux apatrides*)**  
**de 22 de febrero de 2022**  
 Cuestión prejudicial C-483/2020  
 Ponente: *Excmo. Sr. D. Jan Passer*

La presente sentencia del TJUE se destaca por aclarar la relación entre la concesión o denegación de protección internacional y el deber de velar por el mantenimiento de la unidad familiar.

Se plantea una cuestión prejudicial, en virtud del artículo 267 TFUE, por el *Conseil d'État* (el Consejo de Estado de Bélgica) a raíz del procedimiento entre D. XXXX y el *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* (Comisionado General para los Refugiados y Apátridas, CGRA). La petición tiene por objeto la interpretación de los artículos 18 y 24 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (en adelante, CDFUE), de los artículos 2, 20, 23 y 31 de la *Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida*, y de los artículos 25, apartado 6, y 33, apartado 2, letra a), de la *Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*.

D. XXXX obtiene el estatuto de refugiado en Austria el día 1 de diciembre de 2015 y, a principios de 2016, se traslada a Bélgica para reunirse con sus dos hijas, una de las cuales era menor de edad. El 14 de diciembre de ese mismo año, Bélgica concede protección subsidiaria a las hijas y reconoce al demandante la patria potestad sobre la menor, sin otorgarle derecho de residencia.

El 14 de junio de 2018 D. XXXX solicita protección internacional en Bélgica, que el CGRA le deniega en febrero del año siguiente debido a que otro Estado miembro (Austria) ya le había concedido la protección primero conforme al artículo 33.3 (a) de la *Directiva 2013/32/UE*. Este precepto permite a los Estados miembros «considerar inadmisibles una solicitud de protección internacional solo si: otro Estado miembro ha concedido la protección internacional». A tenor de este artículo, los Estados miembros que consideren inadmisibles una solicitud por este motivo no están obligados a comprobar los requisitos para la protección internacional de la *Directiva 2011/95/UE*.

Así pues, tras la desestimación de su recurso por el Consejo del Contencioso de Extranjería belga, el demandante interpone recurso de casación alegando que el «respeto de los principios de la unidad familiar y del interés del menor se opone a que, (...) el Estado belga haga uso de su facultad para declarar inadmisibles su solicitud de protección internacional» (párr. 15). El órgano jurisdiccional que remite la cuestión prejudicial se plantea, en esta vía, si es posible que existan excepciones a dicha facultad ofrecidas a los Estados miembros (párr. 26). En particular, justificándose en el respeto de la vida familiar y la necesidad de considerar el interés superior del menor conforme a los artículos 7 y 24 de la CDFUE.

El Tribunal recuerda, en una primera instancia, que el Derecho de la Unión se asienta en el principio de confianza mutua (párrs. 27-29). Sin embargo, también admite que el sistema, en la práctica, no es perfecto y puede llevar a situaciones donde los «solicitantes de protección internacional reciban (...) un trato incompatible con sus derechos fundamentales» (párr. 30).

El TJUE establece que la Directiva permite esta denegación siempre y cuando no se exponga al beneficiario de la protección internacional a un riesgo grave de sufrir un trato inhumano o degradante conforme al artículo 4 de la CDFUE (párr. 32). En el presente asunto, el TJUE entiende que no parece darse el caso, sin perjuicio de la ulterior y definitiva comprobación del órgano jurisdiccional remitente, sino que la solicitud de protección viene solamente motivada por su voluntad de garantizar la unidad familiar en Bélgica (párr. 33).

Por otro lado, el TJUE responde a si los artículos 7 y 24 de la CDFUE se oponen a la facultad conferida por la Directiva ya comentada. Dado que los derechos consagrados en dichos preceptos no tienen carácter absoluto, pueden ser objeto de restricciones conforme al artículo 52.1 de la CDFUE (párr. 36).

Respecto a la interpretación del art. 23.2 de la *Directiva 2011/95*, el TJUE señala que la concesión de protección subsidiaria a las hijas no supone que el progenitor deba, por ello, gozar de protección internacional en el mismo Estado miembro (párr. 39). Sin embargo, el Tribunal recuerda que sí obliga a los Estados a «velar por el mantenimiento de la unidad familiar mediante el establecimiento de una serie de ventajas en favor de los miembros de la familia del beneficiario de protección internacional», entre las que se considera el derecho de residencia conforme a los artículos 24 al 35 de la misma Directiva (párr. 39).

Para conceder dichas ventajas, se exigen tres requisitos: a) que la persona tenga la condición de miembro de la familia conforme a la Directiva; b) que no cumpla las condiciones para acogerse a la protección internacional por sí mismo; y c) que sean compatibles con la condición jurídica del miembro de la familia en cuestión.

En cuanto a la primera condición, que el progenitor y su hija hayan seguido rutas migratorias distintas no descarta que el progenitor sea considerado miembro de la familia, «siempre que ese progenitor estuviese presente en el territorio del Estado miembro de que se trate antes de que se resolviese la solicitud de protección internacional de su hijo» (párr. 40).

En lo relativo a la segunda condición, conforme ha quedado establecido anteriormente, el hecho de gozar del estatuto de refugiado en otro Estado miembro es motivo de denegación de la protección en el Estado miembro donde el menor disfruta de la protección internacional (párr. 42).

En relación con la última condición, la concesión de las ventajas ha de ser compatible con la condición jurídica del nacional del tercer país en cuestión. Conforme a la jurisprudencia del asunto *Bundesrepublik Deutschland*, de 9 de noviembre de 2021, C-91/20, esto implica que se ha de comprobar si dicho nacional no goza de un mejor trato que el ofrecido por las ventajas previstas dada su protección internacional en el Estado miembro que se le concedió. En opinión del TJUE, y sin perjuicio de la oportuna comprobación del órgano jurisdiccional, ésa no parece ser la situación en el caso analizado, ya que la concesión del estatuto de refugiado de un Estado miembro *a priori* no ofrece a quien disfruta de dicha protección un mejor trato que el derivado de las ventajas previstas en los artículos 24 y 25 de la *Directiva 2011/95* (párr. 43).

En conclusión, el TJUE responde a la cuestión prejudicial en el sentido de que el artículo 33, apartado 2, letra a), de la *Directiva 2013/32*, a la luz de los artículos 7 y 24 de la CDFUE, ha de interpretarse de forma que un Estado miembro pueda denegar una solicitud de protección internacional a una persona a la que se le ha concedido en otro Estado miembro el estatuto de refugiado, aunque éste sea el progenitor de menores no acompañadas a quienes se les ha concedido protección subsidiaria en el primer Estado (párr. 44). No obstante, el Tribunal recuerda que en esos casos se puede aplicar el artículo 23.2 de la Directiva, por la que se pueden conceder las ventajas previstas en los artículos 24 a 35 de la *Directiva 2011/95*, siempre y cuando sean compatibles con la condición jurídica del extranjero en cuestión.

**Sentencia de la Audiencia Nacional**  
**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta)**  
**de 16 de marzo de 2022**

Recurso Contencioso-Administrativo 259/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Marcial Viñoly Palop*

En esta sentencia la AN estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución del Ministro de Interior mediante la cual denegaba el derecho de asilo y protección subsidiaria a un nacional de Ucrania.

El recurrente, que reside en España desde hace cuatro años junto a su mujer y dos hijas menores de edad, fundamenta su recurso en el hecho de que los militares de Ucrania, en 2014, se personaron en su domicilio para entregarle la primera carta de reclutamiento del ejército para participar en la

guerra, la cual fue seguida de cartas mensuales con el mismo objeto. El recurrente indica como motivo de su huida a España y rechazo de participar en la guerra el hecho de que es «incapaz de matar a otra persona». Asimismo, hace hincapié en la situación grave de su país que supondría, en caso de regreso, «su incorporación inmediata en el ejército en la guerra contra Rusia» (FJ 2º).

En primer lugar, respecto a la denegación del reconocimiento del derecho de asilo, la Sala recuerda que no se considera una situación bajo el amparo de la *Convención de Ginebra* «las consecuencias de un proceso de reclutamiento para prestación obligatoria del servicio» (FJ 3º). En este sentido se hace referencia también a la *Directriz nº 10 de ACNUR «Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con el servicio militar en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967»*, que establece que los Estados tienen derecho a la legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, tienen derecho a exigir a sus ciudadanos la realización del servicio militar con fines militares, «sin que ello suponga una violación de los derechos del individuo» (FJ 3º).

Asimismo, en el punto 31 de la *Directriz nº 10* se advierte que la aversión al servicio militar o el temor al combate no son razones suficientes para evadir el servicio militar. Idea que ha recogido el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, al entender que la mera condición de desertor del servicio militar de armas no es una causa que evidencie la necesidad de concesión del derecho de asilo (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2015, recurso de casación 679/2015).

Por lo tanto, y dado que no hay indicios suficientes sobre la existencia de fundados temores de ser perseguido por los motivos protegidos por la *Convención de Ginebra*, la Audiencia Nacional confirma la decisión de la Administración y deniega el derecho de asilo.

Por otro lado, respecto a la solicitud de la protección subsidiaria, el recurrente no alega ningún motivo para acreditar su concesión. No obstante, la Sala tiene en cuenta que las vicisitudes del país (Ucrania) son muy distintas a las existentes en el momento de la solicitud, y considera que no se puede ignorar su situación actual a la hora de resolver el recurso (FJ 4º).

Así, la Sala considera que en la situación actual hay motivos suficientes para creer que el recurrente, de regresar a su país, sufrirá daños graves conforme al artículo 10 de la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*. En tal sentido, indica que, aunque anteriormente no se consideraba que el nivel de violencia del país era «suficiente para

prohibir todos los retornos al país», dicha afirmación ha de ser reexaminada «a la hora de los últimos acontecimientos y el clima bélico del que no se escapa ninguna de las regiones del país» (FJ 4º, en línea con lo establecido por el TJUE en el asunto *Abdulla*, Sentencia de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08, 176/08, C-178/08 y C-179/08).

Finalmente, cabe destacar la consideración que realiza la Sala sobre la posible reubicación nacional conforme a las pautas establecidas en la *Directriz sobre Protección Internacional N° 4: La «alternativa de huida interna o reubicación» en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, que incluyen el análisis de pertinencia/oportunidad y el análisis de razonabilidad. La Sala considera que, en el momento en que se dicta la sentencia «es notorio y suficientemente conocido que Ucrania se encuentra inmersa en un conflicto internacional incardinable en el citado artículo 10 c) de la Ley 12/2009» (FJ 4º). Por ello, la Sala considera que no es posible una reubicación interna y, en consecuencia, concurren los elementos necesarios para conceder al recurrente el estatuto para la protección subsidiaria al recurrente.

### **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 10 de junio de 2022**

Recurso Contencioso-Administrativo 1330/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. José Félix Martín Corredera*

La Sala de la AN desestima, en este caso, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Ministerio del Interior que deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria a un nacional de Guinea.

El recurrente alega que fue arrestado por lo que él considera un malentendido consistente en presuntamente haber intentado matar a alguien, hecho que éste niega. Además, estima que las autoridades de su país carecen de la capacidad de evitar actos de persecución irregulares como el expuesto. La Sala considera que estos motivos no están entre los contemplados en la *Convención de Ginebra* para conceder el asilo: raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual (FJ 2º).

El recurrente hace alusión a la situación genérica del país, pero no reviste la concreción exigible para demostrar la existencia de «indicios suficientes» para considerar que se trata de un caso de persecución protegible (FJ 2º).

Además, la Sala alega que el recurrente, en su camino a España, ha pasado por varios países en los que hubiese podido solicitar protección (Mali, Argelia y Marruecos). Sin embargo, su espera a España para solicitarla hace pensar que ésta «podiera obedecer a razones económicas y sociales» y, por lo tanto, no procede concederle el asilo (FJ 2º).

En cuanto a la protección subsidiaria y conforme a la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria*, la Sala considera que no se dan ninguno de los riesgos graves contemplados en la legislación (a saber, «a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno»). Por lo tanto, la Audiencia Nacional considera que no hay razones sólidas para conceder dicha protección, como tampoco para autorizar la residencia por razones humanitarias (art. 46 Ley 12/2009) y, en consecuencia, desestima el recurso del recurrente.

**Sentencia del Tribunal Supremo**  
**(Sala de lo Contencioso-Administrativo,**  
**Sección Quinta, núm. 133/2022)**  
**de 3 de febrero de 2022**

Recurso de casación 1622/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Fernando Román García*

La presente sentencia es relevante puesto que delimita el alcance de la suspensión derivada de la solicitud de protección internacional. Así, el TS señala que la petición de protección suspende «cualquier proceso» de devolución o expulsión, sin distinguir en qué fase se encuentra, sea declarativa o de ejecución.

En el caso enjuiciado, la Subdelegación del Gobierno de Málaga emite una resolución que acuerda la devolución a su país de origen al solicitante de la protección. Tras la desestimación del recurso de alzada interpuesto contra la misma, y la desestimación del recurso contencioso-administrativo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Málaga, el solicitante interpone un recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual lo estima parcialmente. En respuesta, la Abogacía del Estado interpone un recurso de casación que se resuelve en la sentencia analizada. En él cuestiona si la solicitud de protección

internacional implica la paralización automática de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante o, de otra forma, si esa solicitud afecta únicamente a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en el correspondiente procedimiento (FJ 2º).

El TS aprecia el interés casacional del caso y hace un repaso de su jurisprudencia para fijarla (por todas, las Sentencias núm. 1458/2021 y 1502/2021, de 13 y 16 de diciembre de 2021, dictadas, respectivamente, en los recursos núm. 7863/2020 y 7864/2020).

Establece en un primer lugar que la cuestión ha de ser respondida considerando la situación administrativa concreta del ciudadano afectado, y no de forma abstracta (FJ 5º A).

En segundo lugar, recuerda que la respuesta del Tribunal se sustenta en el respeto al principio de no devolución –por el que ninguna persona ha de ser repatriada a un país en el que sufra persecución–, garantía fundamental de la protección internacional conforme al artículo 33.1 de la *Convención de Ginebra*, y derecho fundamental consagrado en los artículos 18 y 19.2 de la CDFUE y el art. 21 de la *Directiva 2011/95* (FJ 5º B). En el ámbito interno, el artículo 5 de la *Ley 12/2009* establece la «no devolución ni expulsión como derecho sustancial que garantiza el estatuto de asilo y protección subsidiaria».

Los artículos 18.1.d) y 19 de la *Ley 12/2009* fundamentan la decisión adoptada y proclaman respectivamente que, por un lado, «el solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene (...) derecho a la suspensión de *cualquier proceso* de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante» y, por otro lado, que una vez solicitada dicha protección, esa persona «no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida».

Por lo tanto, y conforme a dichos preceptos, el Tribunal entiende que no cabe duda sobre que no hay lugar a la expulsión por estancia irregular de una persona que ha presentado una solicitud de protección internacional (FJ 5º B).

Asimismo, el TS considera que también suspende la posibilidad de acordar la expulsión el mero hecho de presentar la petición de protección hasta que ésta se resuelva. Más allá del concepto amplio de «cualquier proceso» en el artículo 18.1.d) de la *Ley 12/2009*, el Tribunal sustenta su razonamiento en que no se puede calificar como irregular la estancia de un individuo que ha solicitado la protección internacional mientras ésta no sea rechazada o inadmitida (FJ 5º C). Esto se desprende de la *Directiva 32/2013* y la *Directiva 2008/115* («Directiva de retorno»). Por lo tanto, si el individuo en cuestión no se puede considerar «irregular», no es posible «durante ese período acordar una expul-

sión por ‘encontrarse ilegalmente en territorio español’, como reza la infracción descrita en el artículo 53.1.a) *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*» (FJ 5° C).

Del mismo modo, el Tribunal recuerda que en la resolución de denegación o inadmisión de una petición de protección internacional se puede autorizar la residencia en España por razones humanitarias en virtud del artículo 37 de la *Ley 12/2009*, lo que conllevaría que no se dictase decisión de retorno alguna o, si ya se hubiese dictado, se revocase o suspendiese durante el período de validez de la residencia concedida (FJ 5° D).

El TS señala, finalmente, que la interpretación aquí presentada es la más favorable para asegurar la mayor efectividad del principio de no devolución (FJ 5° E). En consecuencia, se consagra en esta sentencia que la solicitud de protección internacional supone la suspensión del procedimiento por expulsión derivado de una estancia irregular de modo transitorio, hasta que la Administración dicte una resolución sobre la misma, esté en fase declarativa o ejecutiva.

María CARRO PITARCH  
*Universidad de Valencia*

## VII. EXTRADICIÓN

En materia de extradición, destacan dos sentencias del Tribunal Supremo (TS). Además, y por su potencial relevancia, se menciona la interposición de una cuestión prejudicial por la Audiencia Nacional (AN) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de ciudadanía de la Unión, Brexit y extradición.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, núm. 8/2022) de 11 de enero de 2022**

Recurso 115/2021

Ponente: *Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Ángeles Huet De Sande*

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de enero de 2021 mediante el que se decide la entrega del recurrente en extradición a las autoridades venezolanas.

En la demanda, el recurrente solicita que se deniegue la extradición, en tanto en cuanto las autoridades de Venezuela le atribuyeron falsamente varios delitos económicos. Se ampara en que ni España ni la Unión Europea reconocen al presidente de Venezuela, y alega el *Reglamento (UE) 2017/2063 del Consejo de 13 de noviembre de 2017 relativo a medidas restrictivas*, mediante el que se sanciona, entre otros, al presidente del Tribunal Supremo venezolano y al fiscal general del Estado. Al haberse suscrito la petición de extradición por ambos individuos, considera que ésta ha de ser considerada «ilegal como consecuencia directa de la ilegitimidad de las autoridades que la dictan» (FJ 2º).

La Sala recuerda en el Fundamento Jurídico Cuarto el procedimiento mixto de extradición pasiva. Éste se compone de tres fases: «dos gubernativas, la primera y la última, estando en medio la decisiva fase judicial». En la primera fase se inicia el procedimiento de extradición en respuesta a la solicitud de un país extranjero y se decide si ha de continuar el procedimiento en vía judicial (arts. 7 a 11 de la *Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva* (LEP)). En la segunda fase, compete al sistema judicial verificar el cumplimiento de los requisitos y garantías para acordar la entrega del sujeto, pero «no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado» (arts. 12 a 18 LEP). Finalmente, en la tercera fase, el Gobierno ha de decidir la entrega física de la persona o la denegación de la extradición. No obstante, esta denegación sólo puede ser «atendiendo al principio de reciprocidad, o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España» (art. 6 LEP).

En esta sentencia, el acuerdo impugnado del Consejo de Ministros corresponde a la última fase, y se limita a «dar cumplimiento a la decisión de entrega previamente adoptada por la Audiencia Nacional». La alegación del recurrente sobre los falsos delitos económicos que supuestamente le han atribuido es propia de la segunda fase, por lo que ya ha sido valorada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, sin ser revisables por la Sala del TS.

Por otro lado, y en relación con las alegaciones sobre la falta de legitimidad de las autoridades venezolanas solicitantes de la extradición, la Sala recuerda su jurisprudencia establecida en la Sentencia núm. 1000/2020, de 15 de julio, recurso 363/2019. En ella, el TS subraya que la falta o no de legitimidad de dichas autoridades es una cuestión fuera de su competencia. Asimismo, señala que, habiendo examinado el *Reglamento (UE) 2017/2063* y la *Decisión (PESC) 2018/90 del Consejo, de 22 de enero de 2018, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2017/2074, de 13 de noviembre de 2017, relativa a medidas restrictivas*

*habida cuenta de la situación en Venezuela*, no se halla relación entre las medidas restrictivas y la solicitud de extradición admitida a trámite por el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, ya que no se aprecia ni acredita relación entre el titular del Juzgado que emitió la orden de detención y los cargos públicos de referencia (FJ 4º).

Por todo lo expuesto, procede el Tribunal Supremo a desestimar el recurso contencioso-administrativo.

**Sentencia del Tribunal Supremo  
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta,  
núm. 303/2022)**

**de 10 de marzo de 2022**

Recurso 119/2021

Ponente: *Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Inés María Huerta Garicano*

En esta Sentencia, el TS confirma el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se acuerda la entrega del recurrente a las autoridades colombianas.

En la demanda, se alega que el mismo es mayor (74 años) y tiene un estado de salud deficiente. Sin embargo, el TS considera, de la misma forma que en el caso previamente explicado, que el control de fondo o sustantivo de los requisitos para conceder o denegar la extradición es propio, en exclusiva, de la jurisdicción penal, es decir, de la segunda de las fases del procedimiento de extradición. En cualquier caso, la Sala recuerda que el estado de salud deberá ser comprobado en el momento de la entrega, señalando que ni en la *LEP*, ni en el *Convenio de traslado de personas condenadas suscrito entre España y Colombia en fecha 28 de abril de 1993*, existe cláusula potestativa de denegación de la extradición debido a las circunstancias personales del reclamado (edad, estado de salud, situación familiar, etc.) (FJ 4º).

El acuerdo impugnado es propio de la tercera fase por lo que la Sala considera que no cabe apreciar defecto alguno de motivación en un acto del Consejo de Ministros, sino que únicamente «da cumplimiento a una previa decisión de la jurisdicción penal» y nada ha de motivarse en esos casos, dado que ha habido un proceso jurisdiccional previo observante de todas las garantías. Por lo tanto, la Sala decide desestimar el recurso contencioso-administrativo (FJ 5º).

**Sentencia de la Audiencia Nacional  
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda)  
de 28 de marzo de 2022**

Recurso Contencioso-Administrativo 47/2021

Ponente: *Excmo. Sr. D. Fernando Andreu Merelles*

Esta sentencia trata el caso de un ciudadano británico residente en España previamente a la salida de Reino Unido de la Unión Europea y la entrada en vigor del correspondiente *Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica* suscrito por ambas partes (en adelante, «el Acuerdo de retirada»). Así pues, residía ejerciendo su derecho de libre circulación y de residencia como ciudadano de la Unión. En ese tiempo comete, presuntamente, un total de diez delitos de conspiración contra los Estados Unidos (EE.UU.), por lo que las autoridades del país solicitaron su extradición. El 21 de julio de 2021 se le detiene por una orden internacional de detención registrada en Interpol. Desde entonces, se halla en un Centro Penitenciario, privado de libertad, de forma preventiva hasta que el proceso de extradición sea tramitado (FJ 2º).

En la audiencia, la defensa del ciudadano británico plantea la aplicación de la «doctrina Petruhhin» (FJ 3º). Recordamos que, según la misma, en aquellos casos en los que un Estado miembro, donde se encuentre un nacional de otro Estado miembro desplazado, reciba una solicitud de extradición de un tercer Estado con el que el primero mantiene un acuerdo de extradición, ha de informar al Estado del que el ciudadano es nacional y, si éste lo solicita, entregarle al mismo «siempre que este Estado miembro tenga competencia, conforme a su Derecho nacional, para procesar a esta persona por hechos cometidos fuera de su territorio nacional» (Sentencia de 6 de septiembre de 2016, C-182/15).

El Acuerdo de retirada señala la importancia de cooperar a escala mundial. Con este espíritu, en el Título VII de la Parte Tercera se regula el procedimiento de entrega de las personas reclamadas por las autoridades judiciales de ambas partes. Para ello prevé un mecanismo más simple y rápido de entrega de personas buscadas para el enjuiciamiento penal o la ejecución de penas de prisión o medidas de seguridad privativas de libertad que sustituya al tradicional sistema de extradición, basado en la orden europea de detención y entrega.

Como consecuencia de la similitud entre lo establecido en el Acuerdo de Retirada y los instrumentos de entrega de personas vigentes en la UE, la Sala decide suspender el procedimiento y elevar una cuestión prejudicial al TJUE.

Plantea tres cuestiones subsidiarias resumibles en la posible aplicación de la doctrina Petruhhin a la hora de interpretar los artículos 126 y 127 del Acuerdo de retirada o, en su caso, los artículos 10, 12, 13, 14, 15, 126 y 127 del mismo, o, subsidiariamente, aplicarla a la vista del mecanismo de cooperación judicial establecido en los artículos 62 a 65 de dicho Acuerdo en aquellos casos en que haya una solicitud de extradición de un tercer país (EE.UU., en el presente supuesto) relativa a un nacional británico que era residente en otro Estado miembro (España) y cometió los hechos delictivos antes y durante la vigencia del Acuerdo de Retirada.

María CARRO PITARCH  
*Universidad de Valencia*

## VIII. INMUNIDAD JURISDICCIONAL E INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS

En materia de inmunidad jurisdiccional retomamos en el presente apartado el estudio del conocido como proceso catalán, analizado previamente en la entrega de 2020 de esta sección (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019), y en la entrega de 2021 (Autos del Tribunal Supremo del 9 de enero de 2021). En 2022, el Tribunal Constitucional (TC) ha dictado varias sentencias de desestimación de los recursos de amparo interpuestos por algunos de los actores principales del proceso. Analizamos, por todas, lo relevante en materia de inmunidad de la Sentencia del 23 de marzo de 2022. Asimismo, destacamos conjuntamente dos sentencias del Tribunal Supremo (TS) sobre el alcance de la inmunidad jurisdiccional de las Embajadas de terceros Estados en materia de despidos de trabajadores.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno, núm. 45/2022) de 23 de marzo de 2022**

Recurso de amparo 1621/2020

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

La presente sentencia del TC resuelve un recurso de casación promovido por D. Oriol Junqueras Vies (exvicepresidente de la Generalitat de Catalunya) y por D. Raül Romeva Rueda (exdiputado del Parlament de Catalunya) contra la sentencia del Tribunal Supremo que les condenó por los delitos de sedición

y malversación de caudales públicos con penas de trece y doce años de prisión, respectivamente, y los mismos años de inhabilitación absoluta.

El TC rechaza todas las vulneraciones alegadas por los recurrentes. Destacamos las relativas a las prerrogativas parlamentarias que versan sobre la inmunidad de jurisdicción de los eurodiputados y los miembros de las Cortes Generales. Los recurrentes consideran que se vulneraron sus derechos en tanto el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pero no suspendió el procedimiento penal por el que se les condenó mientras ésta se resolvía (apartado 13.1.5.2 de la Sentencia).

El TC, en cambio, considera que el pronunciamiento solicitado al TJUE «no incide en lo relativo a la inmunidad de jurisdicción de los eurodiputados», sino a la inmunidad de desplazamiento, con el fin de que D. Oriol Junqueras pudiera salir de prisión para acudir a la primera sesión constitutiva de la legislatura del Parlamento Europeo, hecho que sí suspendió el recurso de súplica del recurrente, tramitado en una pieza separada. El Tribunal reitera, como había señalado en autos previos, que la inmunidad de jurisdicción no está condicionada por la de desplazamiento, sino que se rige por el *Protocolo número 7 sobre privilegios e inmunidades de la Unión Europea*. En virtud del párrafo primero del artículo 9 de dicho Protocolo, la inmunidad de jurisdicción se rige por remisión a «las inmunidades reconocidas a los miembros del parlamento de su País».

En consecuencia, el TC rechaza la alegación de los recurrentes, y considera que los criterios de interpretación que debe fijar el TJUE no mantienen una relación de dependencia con la sentencia finalmente emitida, sino que son dos dimensiones distintas de las prerrogativas de la condición de diputado del Parlamento Europeo. Por lo tanto, el Tribunal afirma que la decisión de no suspender el procedimiento está justificada. Asimismo, señala que la decisión es razonable ya que, aun si el TJUE hubiese interpretado en la cuestión prejudicial que el recurrente, el Sr. Junqueras, estaba protegido por la inmunidad parlamentaria (como posteriormente hizo), ésta no impediría que continuase el proceso principal que había quedado visto para sentencia.

En este sentido, el TC recuerda que la inmunidad de jurisdicción se rige por el Derecho interno. El apartado segundo del artículo 71 de la Constitución Española prevé que los diputados y senadores de las Cortes Generales «no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva». Sin embargo, el suplicatorio no se precisará para «continuar el proceso penal cuando la proclamación de diputado o senador electos tenga

lugar ya iniciada la fase de juicio oral» (apartado 13.1.5.3.b de la Sentencia). En el presente caso, la fase de juicio oral ya se había iniciado y la causa había quedado vista para sentencia antes de la proclamación del recurrente como diputado electo. El TC finaliza este apartado recordando su jurisprudencia consolidada, según la cual dicha denegación no vulnera el derecho a la participación política, a diferencia de lo que alegaban los recurrentes (por todas, SSTC 70/2021 y 71/2021, de 18 de marzo).

**Sentencia del Tribunal Supremo  
(Sala de lo Social, Sección Cuarta, núm. 493/2022)  
de 31 de mayo de 2022**

Recurso 1450/2020

Ponente: *Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol*

**Sentencia del Tribunal Supremo  
(Sala de lo Social, Sección Cuarta, núm. 611/2022)  
de 5 de julio de 2022**

Recurso 2475/2020

Ponente: *Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego*

Estas dos sentencias se analizan conjuntamente por su gran similitud y el supuesto de hecho que comparten: el despido de un empleado de la Embajada de Turquía. En el primer caso, un trabajador que realizaba tareas de limpieza; en el segundo caso, un administrativo. El objeto de ambos litigios es determinar si la inmunidad de jurisdicción alegada por la Embajada ha de ser apreciada simple y llanamente por el hecho de invocarse o si se requieren otros requisitos.

Ambas sentencias resuelven recursos de casación para la unificación de doctrina planteados para establecer si la jurisdicción social es la competente de conocer la extinción de la relación laboral de un trabajador de la Embajada de Turquía con contrato sujeto a la legislación turca o, si como solicita la Embajada, es invocable la inmunidad de jurisdicción (FJ 1<sup>o</sup>).

El apartado segundo, subapartado d, del artículo 10 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*, permite a un Estado extranjero hacer valer su inmunidad de jurisdicción en procesos relativos a contratos

de trabajo si éste tiene por objeto el despido del trabajador (como es el caso de la presente sentencia) y «una autoridad competente del Estado extranjero comuni[ca] que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad». El artículo 11, apartado segundo, subapartado d de la *Convención de Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados y de sus bienes* recoge lo mismo, si bien limitando la noción de «autoridad competente» al «Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador» (FJ 4º B).

El TS se remite a la interpretación de este último precepto realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 23 de marzo de 2010 por la que establece que no es suficiente la «mera alegación de que se tuvo acceso a información o documentos» para encontrarse en una situación bajo el amparo del artículo 11.2.d de la Convención, sino que se requieren una serie de «circunstancias objetivas» (FJ 4º C).

El TS considera que en sendos recursos no concurre la excepción de la *Ley Orgánica 16/2015*, dado que la Embajada de Turquía no ha acreditado en el caso de ninguno de los dos trabajadores que las funciones realizadas tengan carácter confidencial, ni ha señalado los elementos objetivos en que se fundamenta la pretensión, ni, en cualquier caso, ha especificado de qué modo afecta el trabajo a la seguridad de Turquía y de su embajada en España (FJ 6º). En consecuencia, el Tribunal Supremo procede a desestimar ambos recursos formulados por la Embajada y confirma y declara la firmeza de las sentencias recurridas (FJ 7º).

María CARRO PITARCH  
*Universidad de Valencia*

