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

Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ (coord.) [Universidad de Murcia]

Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS [Universidad de Valencia]

José Elías ESTEVE MOLTÓ [Universidad de Valencia]

I. EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El periodo cubierto por este estudio ha estado marcado por la adopción de la *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*. Entre las decisiones adoptadas tras la entrada en vigor de esta reforma destacamos una relevante causa relativa a la competencia de los tribunales españoles para conocer del delito de tráfico de drogas cometido en aguas internacionales, y el archivo del caso Tíbet mediante auto de la Audiencia Nacional con arreglo a la misma reforma, cuestionado por cinco votos particulares. Asimismo, se incluyen las decisiones adoptadas por los distintos jueces de la Audiencia Nacional en procedimientos abiertos que podían verse afectados por la última reforma de la jurisdicción universal.

1. Sentencia 592/2014 de 24 de julio de 2014, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; Recurso de casación 1205/2014.

Nos encontramos ante una relevante sentencia, ya que con ella se da comienzo por el TS a la interpretación jurisprudencial del artículo 23.4 de la LOPJ tras su última reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo.

* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de septiembre de 2013 al 31 de agosto de 2014.

Los antecedentes facticos son los siguientes. Estimando que un buque, que navegaba en aguas internacionales, con bandera de Sierra Leona y que había zarpado de Málaga, llevaba un cargamento de estupefacientes, previo permiso del Gobierno del citado país, fue abordado por un patrullero español. En el barco se intervinieron 15.300 kilos de hachís, y capturados sus tripulantes fueron conducidos a España detenidos. Iniciado Procedimiento Abreviado ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, por el mismo se dicta auto decretando el sobreseimiento por falta de jurisdicción, al estimar que el artículo 23.4 en su nueva redacción no atribuye a la jurisdicción española, competencia para conocer del delito de tráfico de drogas cometido en aguas internacionales. Se decretó asimismo la inmediata puesta en libertad de los detenidos. El Ministerio Fiscal interpuso contra el mencionado auto recurso de apelación. El 13 de mayo de este mismo año, el Pleno de la Audiencia Nacional dicto auto núm. 25/2014, en el Expediente Gubernativo núm. 8/20145, desestimando el recurso. Nuevamente recurre el fiscal, ahora en casación.

La sentencia del TS examina, en primer lugar, la procedencia de la admisión de la casación, llegando a una conclusión positiva de la misma, toda vez que: «La excepcionalidad y especial importancia de la cuestión, en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español, hacen razonable que la decisión final corresponda al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 de la Constitución Española)» (FJ2).

Salvado este obstáculo, el TS expresa que la resolución objeto de recurso, parte del hecho de que la nueva normativa contenida en el reformado artículo 23.4 apartados d), i), p) LOPJ atribuye una triple posibilidad de competencia jurisdiccional para el conocimiento de estos delitos cuando se cometan en espacios marítimos si tal competencia está prevista en un tratado internacional suscrito por España o se reúnen los requisitos de conexión nacional previstos en el nuevo articulado:

«4. 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:

(...) d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los

derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

(...) i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

(...) p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos».

El auto recurrido estimó que no se encontraba en ninguno de estos supuestos y por tanto decreta la falta de jurisdicción. Y esta decisión, señala el TS, se adoptó por cuanto el órgano de instancia pone en relación lo dispuesto en el apartado 4.d) del repetido artículo 23.4 LOPJ con el apartado i) del mismo, señalando que la concreción que hace España respecto de la Convención contra el tráfico de drogas de 1988, es la que se expresa en el apartado i), es decir, que precisa de la nacionalidad española del delincuente, se trate de un acto de ejecución del delito o se forme una organización criminal a este fin.

En sus alegaciones el Ministerio fiscal considera que se ha infringido el artículo 96.1 de la Constitución «por interpretación errónea de las previsiones de los artículos 4 y 17 de la Convención de Naciones Unidas de 1988», ya que el apartado d) y el i) constituyen normas autónomas diferentes y no complementarias.

Entrando ya en el examen del recurso, con carácter previo señala el TS, que por el órgano de instancia se ha tomado la adopción de la decisión de forma prematura, puesto que existían indicios lógicos que inducían a pensar en la posible existencia de una conexión entre el transporte de las sustancias estupefacientes y su posibilidad de distribución o utilización en España, lo que obligada a una investigación más eficaz y suficiente al efecto y no se hizo. Tras este reproche la sentencia pasa, con carácter previo, al examen de los principios sobre los que se asienta en nuestro derecho positivo la llamada justicia universal.

Ya en este punto hemos de señalar que al constreñir el TS la jurisdicción universal a lo que expresamente está positivado en nuestro derecho, rechaza

de plano la posible aplicación del *ius cogens* internacional y del derecho internacional consuetudinario, en tanto en cuanto el contenido de estas normas no estén incorporado de forma expresa en el derecho interno, con la consecuente publicación en el BOE. Con todo, los magistrados del TS no eluden calificar la reforma y denuncian que: «Hay que poner de manifiesto lo confuso de tal regulación, lo que ha originado que las líneas interpretativas en esta materia, tan sensible en el ámbito internacional, no se hayan producido con la deseable claridad».

Parte la sentencia que la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, atiende preponderantemente a la configuración de los tratados internacionales y el grado de atribución de jurisdicción que otorgan estos, a los Estados firmantes. A este respecto estima que la jurisdicción extraterritorial se asienta en tres pilares:

- a) El de personalidad, por el que se puede enjuiciar en función de que el delincuente tiene la nacionalidad española.
- b) El de defensa que se integra en la función del estado de defender los intereses nacionales protegiéndolos de agresiones externas, cuáles pueden ser la constitución de una organización criminal con el objeto de delinquir en España.
- c) El proveniente de los tratados internacionales suscritos por España, que permiten la persecución universal de estos crímenes.

Con arreglo a estos principios se interpretan los distintos apartados del artículo 23.4 de la LOPJ, señalando que el apartado d) está basado en lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España, mientras que el apartado i) se inspira en el de personalidad y el de defensa o protección. Estimando que el tipo aplicable sería el apartado d), se revisan los tratados internacionales ratificados por España, con la intención de concluir que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial se encuentra afianzado en los mismos:

«Cerramos este apartado señalando que con respecto a los delitos que se compendian en la letra d) del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y cuya atribución de jurisdicción está conectada a los tratados internacionales, hemos de señalar que en lo que corresponde al delito de piratería, la disposición aplicable es el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982), art. 110.1 a). Respecto a la trata de seres humanos, el propio Convenio, art. 110.1.b). Para los derechos de los ciudadanos extranjeros el Convenio contra el tráfico ilícito de migrantes por

tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional (Nueva York, 15-11-2000). En materia de seguridad en la navegación marítima, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10-3-1988). En el ámbito del terrorismo, el Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Londres, 14-10-2005) y para el tráfico de drogas, la aludida Convención de Viena de 1988» (F.J. 5, punto 2 in fine)

En todo caso advierte el TS que debe distinguirse que los tratados internacionales, en ocasiones disponen de la facultad de desarrollar por el derecho dicha persecución universal, pero en otras la potestad da un salto cualitativo y se convierte en obligación.

«Basta que los tratados internacionales permitan tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido –como es nuestro caso, mediante la LO 1/2014– pueda proclamarse que se ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos internacionales. Distinto es el supuesto contemplado en la letra p) del ya citado art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde la persecución provenga, no ya de la posibilidad, sino de la imposición «con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos» (F.J. 5 punto 2)

Aceptada la tesis del ministerio fiscal al considerar que el Tratado que permite la jurisdicción para la persecución de los delitos previstos en el apartado d) del tan citado artículo 23.4 es la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988, de acuerdo con lo que se dispone en sus artículos 4 y 17, la sentencia se refiere a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) del mencionado Tratado (no podemos olvidar que las resoluciones recurridas también lo hacen, pero con interpretación y conclusión distinta a la del Supremo) y que expresamente señala:

«Que, cada una de las Partes «podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 [transporte de sustancias estupefacientes, como es nuestro caso]:

i) Cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;

ii) Cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo;

iii) Cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3».

Con claridad, dice el Supremo de la conjunción de esta norma con lo dispuesto en el artículo 17, otorga la competencia jurisdiccional, puesto que este último explicita en su apartado 4 que:

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

- a) abordar la nave;
- b) inspeccionar la nave;
- c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

La sentencia pues considera que disponiendo, en este caso concreto, España de autorización de Sierra Leona para abordar el barco y tras examinar su contenido y haber comprobado que transportaba 15.300 kilos de hachís, la frase «podrá adoptar las medidas adecuadas respecto de las personas y carga», supone la facultad de su detención, traslado a España y posterior enjuiciamiento.

Aporta un último argumento, para reforzar su postura, que no podemos aceptar, cual es la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*, y a este fin señala que estando los delincuentes en España y no habiéndose solicitado su extradición, es posible su enjuiciamiento. Mas no podemos olvidar que su entrada en España ha sido de forma forzada, derivada de su detención en aguas internacionales (espacio marino según la redacción del art. 23.4 LOPJ), lo que a nuestro entender, impide la aplicación del citado principio, violentándolo.

Finalmente hace mención la sentencia que tras la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ solo se pueden perseguir los delitos allí previstos por querrela de la víctimas o del ministerio fiscal, que en este caso no ha tenido lugar. En

todo caso se considera que tal defecto procesal queda subsanado por la propia actuación de dicho Ministerio público al presentar los distintos recursos, lo cual evidencia su voluntad de perseguibilidad supliendo el mencionado defecto procesal.

En conclusión pues, las resoluciones de instancia niegan la competencia por estimar que ésta, en los supuestos de hechos como el que se enjuicia, únicamente puede perseguirse el delito si es cometido por un nacional o cuando se está ya en fase de ejecución, o vaya a derivarse de la constitución de una organización criminal constituida a este fin. Y concluían que ninguno de estos supuestos había tenido lugar.

Por el contrario el TS considera que la comisión de estos delitos en «espacios marinos internacionales», para su enjuiciamiento por la jurisdicción española, no precisa de los requisitos de tener el delincuente esta nacionalidad, de estar en fase de ejecución o de constitución de una organización criminal, sino tan solo de que esté previsto el supuesto en un tratado internacional ratificado por España, y considera que sí existe dicho tratado, que ha sido el ya referenciado.

Debe advertirse la deficiente redacción de la reforma al referirse a «espacios marinos internacionales», extremos que parece excusar el TS, argumentando que «la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, el 10 de diciembre de 1982 determina que «la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral», y que «la libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional» (art. 87.1)». Realmente no acabamos de comprender el argumento toda vez que si ello es así estamos ante una reiteración innecesaria tanto del artículo 96.1 de la CE, que por sí mismo concedería la competencia por la existencia del tratado, como por lo dispuesto en el apartado p) del tan citado artículo 23.4 de la LOPJ que establece la competencia para: «Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España». Esta triple reiteración nos puede inducir a pensar que la interpretación que hace la sentencia es un tanto forzada y que otras posteriores no sigan el mismo devenir. En todo caso veremos en un futuro próximo cómo se pronuncia el TS sobre la persecución por parte de los tribunales españoles de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra; circunstancia que se producirá cuando tenga que resolver el recurso de casación del archivado caso Tíbet.

2. Auto 38/2014 de 2 de julio de 2014, Procedimiento ordinario 63/2008, Pleno Sala de lo Penal, Audiencia Nacional

Mediante auto de 2 de julio de 2014 el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó el sobreseimiento y archivo del caso Tíbet sin planteamiento de cuestión de constitucionalidad respecto a la Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal. Este veredicto, cuestionado por cinco jueces a través de sus votos particulares, se ampara en la doctrina del Tribunal Supremo para argumentar que la jurisdicción constituye una «expresión de la soberanía del Estado (...) y tiene carácter previo a la competencia»; jurisdicción que a los efectos del caso viene modulada en la nueva reforma y que los «límites de la jurisdicción universal es una cuestión de política criminal que compete al legislador español». De esta forma los magistrados que suscriben este auto no solo bendicen y legitiman la Ley Orgánica 1/2014, sino que además la consideran perfectamente ajustada a la normativa internacional, ya que «no existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal»

Voto particular de 4 de julio de 2014 al auto 38/2014 que emiten los magistrados Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada Solaesa y al que se adhirieron Ángela Murillo Bordallo y Clara Bayarri García. Procedimiento ordinario 63/2008, Pleno Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.

En primer lugar denuncian que el auto ha ignorado de forma manifiesta una parte esencial del objeto del proceso y de la deliberación en el Pleno que fue admitida por el juez instructor y sobre la cual se aportaron y se practicaron numerosas y relevantes pruebas testimoniales y documentales que fueron estas últimas ratificadas en sede judicial. Es más debe reiterarse que todo ello se hizo con el informe favorable del ministerio fiscal. El motivo de este proceder queda claro para los jueces disidentes: «La resolución del Pleno de la Sala se desentiende del objeto del proceso, posiblemente para no afrontar la cuestión sobre la obligación de los Estados para investigar y perseguir los crímenes de guerra». En este sentido apuntan que el comentario efectuado en el auto a nota a pie de página sobre el informe del Secretario General de la ONU en lo relativo al artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, ha sido transcrito de otro auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (precisamente cuando se desestimaba el incidente de nulidad por el otro caso Tíbet archivado tras la reforma del 2009). Denuncian que esa transcripción se ha hecho «de modo descontextualizado de un pasaje del documento que tergiversa su sentido».

Prosiguen argumentando en el voto particular: «Advertimos en la deliberación que el texto no decía eso e invitamos a acudir, como está obligado a hacer un tribunal, a la fuente original y no fiarse de lo que se alegaba en un escrito de parte. Hay que corregir tal error». Siendo así, a continuación se recoge el texto del Comité Internacional de la Cruz Roja que cita el Secretario General para afianzar precisamente la conclusión contraria a la que llegaron los magistrados que han asegurado la no obligación de persecución universal de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra.

Además el voto particular ahonda con mayor extensión en razonamientos jurídicos que el auto combatido para constatar que efectivamente la reforma provoca un conflicto de normas internacionales e internas y que debiera plantearse «al Tribunal Constitucional las dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma» en lo relativo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al principio de igualdad (art. 14 CE) en conexión con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en especial del legislador (art. 9.2 CE) Asimismo el magistrado Antonio Díaz Delgado emitió otro voto particular extendiéndose sobre la inconstitucionalidad de la reforma.

Otras decisiones de tribunales nacionales relativas a la jurisdicción universal

— **Auto 246/13 de 9 de octubre de 2013, Sección Cuarta, Audiencia Nacional, Procedimiento Sumario, 63/08.**

Acordó tener por ampliada la causa contra un ex mandatario chino ya que había «finalizado su inmunidad diplomática». Los jueces que componían esta Sección Cuarta fueron la ponente Ángela Murillo Bordallo, Carmen Paloma González Pastor y Juan Francisco Martel Rivero.

— **Auto 270/13 de 18 de noviembre de 2013, Sección Cuarta, Audiencia Nacional, Procedimiento Sumario, 63/08.**

Acordaba decretar las ordenes de arresto internacional contra el anterior Presidente de China, Jiang Zemin, y el anterior Primer Ministro, Li Peng, puesto que: «racionalmente y *prima facie*, se deduce la existencia de indicios en la participación en los hechos objeto en la querrela (...) habida cuenta de la responsabilidad política o militar de cada uno de ellos en el largo periodo a que se remontan los hechos objeto de la investigación». Siendo así concluían, «se estima necesario acordar el libramiento de órdenes internacionales de detención frente a los querrelados».

— **Auto de 17 de marzo de 2014, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional**

El primer juez en posicionarse respecto de la reforma de la jurisdicción universal fue el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1. Santiago Pedraz en contra del informe de la fiscalía exigiendo la conclusión del sumario. Mediante auto de 27 de marzo de 2014 decidió continuar con las diligencias del caso Couso y evitar elevar la causa a la Sala, ya que las disposiciones de la nueva ley orgánica atentaban directamente contra el derecho internacional, en concreto, las obligaciones emanadas del IV Convenio de Ginebra

— **Auto 34/2014 de 23 de junio de 2014, Pleno de la Sala de lo Penal, Audiencia Nacional, Sumario 27/2007, Rollo de Sala: queja 1/2014 de la Sección Segunda.**

El Juez Pedraz busca la colaboración de «la red de puntos de contacto en relación con el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (Genocide Network)»

— **Auto de 31 de marzo de 2014, Sumario 97/2010, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional**

Días después el juez Eloy Velasco amparándose en el delito de terrorismo y en la existencia únicamente de víctimas españolas decide continuar con el asunto de los Jesuitas asesinados en El Salvador (caso Ellacurría). Además, en su auto de 30 de marzo dando cumplimiento al apartado 5 del nuevo artículo 23 LOPJ, elevó el caso a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que determinara, según obliga la norma, si los juicios celebrados en el país centroamericano ha sido «un mero fraude, una formalidad para aparentar la realización de una justicia que no fue tal, ante el hecho de que no hizo comparecer ante el tribunal ni a los inductores y ordenantes del crimen, ni aún a todos sus autores materiales, recibiendo el jurado instrucciones políticas»

— **Auto de 20 de mayo de 2014, Sumario 331/99, Juzgado Central de Instrucción nº 1. Audiencia Nacional.**

El juez Pedraz dictaminó que el caso Guatemala debía proseguir por delitos de terrorismo, dada la existencia de víctimas españolas. Ahora bien, de forma muy pertinente acordó «extender el título jurisdiccional universal al

resto de los delitos porque de otra forma se rompería la denominada continenencia de la causa (es imposible juzgarlos por separado). Ello es así porque el objeto del proceso penal son los hechos, no los delitos».

— **Auto de 15 de abril de 2014, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.**

El juez Ruz se ha negado a cerrar la instrucción el asunto de las torturas y crímenes de guerra cometidos en Guantánamo, dado que quedan pendientes diligencias a practicar aunque advierte de un conflicto entre el derecho internacional y la nueva ley interna.

— **Auto de 15 de abril de 2014, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 362/2007, y Auto de 15 de abril de 2014, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 1/2008.**

En ambos autos se decide continuar con los casos del Sáhara puesto que los hechos se cometieron en una provincia española

— **Auto de 21 de marzo de 2014, Sumario 63/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.**

El juez Ismael Moreno, instructor de asuntos relativos al Tíbet que afectan a la cúpula política y militar china, ha acabado por acordar «la conclusión del presente sumario y la elevación del mismo a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tras dictar resolución de 17 de marzo de 2014, acordando dar traslado al Ministerio Fiscal para que informara sobre el procedimiento a seguir, en relación con los nuevos requisitos establecidos por la citada Ley Orgánica, y tras omitir dar traslado del informe del ministerio público a la parte querellante, decidió la mencionada conclusión del sumario».

— **Auto de 21 de abril de 2014, Sumario 70/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.**

Idéntica resolución llega en el caso Falun Gong en auto de 21 de abril y remite el asunto a la Sección Primer de la Sala de lo Penal «a fin de que se pronuncie sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del artículo 23.4 de la LOPJ»

— **Auto de 14 de abril de 2014, Sumario 562009, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.**

Causa de genocidio y crímenes contra la humanidad, cometidos en los campos de concentración de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbug bajo el régimen nazi dirigida por el miembro de las SS Theodor Szebinskyi y en la que las víctimas eran de nacionalidad española¹.

— **Auto de 17 de junio de 2014, Diligencias Previas 197/10, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional**

El juez Ruz se ha negado a sobreseer la causa relativa a la «Flotilla de la Libertad» hasta que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la existencia o no de un proceso judicial en Turquía o Israel sobre los hechos denunciados; y todo habida cuenta de lo respondido en las respectivas comisiones rogatorias remitidas a las autoridades judiciales de estos países.

— **Auto de 23 de mayo de 2014, Sumario 19/1997-D, Pieza III, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional,**

El Juez Ruz ha proseguido la causa contra autoridades chilenas por el asesinato del español Carmelo Soria durante la dictadura de Pinochet, tras calificar los hechos como «constitutivos, entre otros, de un delito de terrorismo, tal y como se contenía en la querrela admitida a trámite»

— **Auto 34/2014 de 23 de junio de 2014, Pleno de la Sala de lo Penal, Audiencia Nacional, Sumario 27/2007, Rollo de Sala: queja 1/2014 de la Sección Segunda.**

Los magistrados en el Pleno de la Sala de lo Penal aferrándose en su razonamiento jurídico único a cuestiones meramente procesales, esto es, a la falta de competencia del juez para dictar la resolución comentada, deciden desestimar el recurso sin entrar consecuentemente en cuestiones de fondo

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

¹ Véase el informe del equipo Nizkor donde se detalla el *iter* procesal del caso, disponible en [<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/szebinskyj10.html>].

II. DERECHO DEL MAR

Como en años anteriores, asuntos relacionados con el narcotráfico protagonizan la mayoría de resoluciones relativas a la aplicación del derecho internacional del mar por nuestros tribunales. En concreto, temas relativos al derecho de visita y abordaje de buques en los que el Tribunal Supremo recuerda, entre otros aspectos interesantes, que las normas internacionales que regulan los abordajes en alta mar no se orientan a la protección de derechos fundamentales individuales cuya vulneración pudiera determinar la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas mediante esas diligencias. Se incluyen también, por último, dos interesantes sentencias sobre la definición del delito de piratería, así como otras relativas a las competencias del Estado sobre autorización de instalaciones eléctricas en el mar territorial, o la legalidad de la contratación de trabajadores extranjeros para pescar en aguas internacionales.

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) núm. 720/2013, de 8 de octubre de 2013

Recurso núm. 10436/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

En la desestimación de diversos recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Sala de lo Penal de la AN de 13 de febrero de 2013, encontramos una mención a normativa internacional sobre derecho del mar acerca del derecho de visita y abordaje. Se trata de un supuesto de diversas condenas por delitos contra la salud pública con agravante de organización en los que los recurrentes se sirven de un antiguo buque oceanográfico para recoger cocaína en un punto no determinado entre Trinidad y Antigua y dirigirse a las costas españolas (en concreto, a Vigo).

Es en el fundamento jurídico duodécimo en el que se analiza, como primer motivo de casación, la validez del abordaje. Entiende el recurrente que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas por no haberse respetado el requisito esencial para la validez de la prueba consistente en el consentimiento expreso del Estado de la nacionalidad del buque sin que se notificara a ese país.

Frente a tales alegaciones y en virtud de lo dispuesto en los tratados internacionales, el TS recuerda la obligación de todos los Estados de cooperar para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas rea-

lizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales, y el derecho de visita que se reconoce a los buques de guerra que encuentren en alta mar un buque extranjero que no goce de inmunidad (arts. 108 y 110 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y art. 17.2 Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas). Es más, en este caso en el que el barco carecía de pabellón, las sospechas policiales sobre la posible realización de una operación de tráfico de drogas a gran escala autorizaban a vigilarlo y a controlar su derrota, de manera que las embarcaciones oficiales podían acercarse y verificar con los medios a su alcance la regularidad de la navegación y la concurrencia o no de elementos sospechosos. Por último, respecto a la nulidad de las intervenciones telefónicas, el Supremo reitera que de haberse declarado no afectaría a la legalidad del abordaje en sí mismo, pues «las normas internacionales que regulan los abordajes en alta mar no se orientan a la protección de derechos fundamentales individuales cuya vulneración pudiera determinar la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas mediante esas diligencias. De tal manera que su infracción, aun cuando pudiera dar lugar a un conflicto entre Estados, no necesariamente determinaría la nulidad de lo actuado».

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sec. 1.^a)
núm. 71/2013, de 23 de diciembre de 2013,**

Recurso núm. 165/2008

Ponente: Excm.a. Sra. D.^a Manuela Fernández Prado

**Auto del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) núm. 886/2014,
de 29 de mayo de 2014**

Recurso núm. 438/2014

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

Se analizan ambos pronunciamientos de forma conjunta por su conexión. El primero condena por la comisión de delitos contra la salud pública, por medio de barco pesquero de pabellón venezolano que carga cocaína en alta mar y se dirige a España. El segundo inadmite los recursos de casación interpuestos por los condenados contra la anterior sentencia.

El núcleo de la controversia es la validez del abordaje. La primera sentencia la analiza en el fundamento jurídico 1, ante las impugnaciones planteadas por las defensas. Constata como se han cumplido las previsiones de los convenios internacionales aplicables, pues el abordaje se realizó en alta mar sin ser

visible el pabellón de la embarcación y, una vez comprobado que se trataba de barco venezolano, se procedió a recabar la pertinente autorización de visita y registro de las autoridades de Venezuela. Por otro lado, el TS vuelve a insistir en que la irregularidad del abordaje no habría afectado a los derechos procesales de las partes, sino a las relaciones internacionales de los Estados.

Entre los motivos de casación se encuentran más referencias a la validez del abordaje y las consecuencias de su posible nulidad. Especialmente en los FD 1º, 2º y 5ª. Además de reproducirse cuanto antecede, y al hilo de su argumentación, el Tribunal toma nota de que, desde el punto de vista de la normativa internacional, no cabe desconocer que para que proceda el reconocimiento de la nacionalidad de los buques ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque (*vid.* art. 91.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), relación que no se da en los denominados pabellones de conveniencia cuando, como es el caso, responden a planteamientos fraudulentos con fines delictivos.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sec. 1.ª) núm. 64/2013, de 30 de octubre de 2013

Recurso núm. 1/2012

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Grande-Marlaska Gómez

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 313/2014, de 2 de abril de 2014

Recurso núm. 11088/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

En estas dos sentencias, la Sala de lo Penal de la AN y luego la del TS tienen ocasión de pronunciarse sobre la definición del delito de piratería. La primera condena a los acusados por dicho delito en grado de tentativa, y la segunda estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal entendiéndolo que los acusados debieron ser condenados por un delito de piratería en grado de consumación, y anula parcialmente el fallo anterior.

La Sala de lo Penal de la AN condenó a varios sujetos de nacionalidad somalí por delito de piratería en grado de tentativa. Consideró que formaban parte de una organización dedicada a la obtención de beneficios económicos ilícitos, consecuencia del asalto y abordaje de buques que pudieran encontrarse navegando por la zona del océano Índico y que pretendieron abordar un buque de la Armada «Patiño», que participaba dentro del dispositivo Atalanta

dando cobertura a mercantes. La sentencia de la Audiencia en este asunto se comenta en mayor detalle en sede de aplicación de tratados internacionales, dentro de esta sección de jurisprudencia del Anuario.

Recurrieron en casación los condenados y el Ministerio Fiscal, siendo únicamente de interés iusinternacionalista el recurso de este último. En el FD cuarto, el TS analiza el Código Penal y el Convenio de Bahía Montego, estima su primer motivo de casación, y posteriormente dicta segunda sentencia condenando por delito consumado de piratería. La Sala del TS afirma que la consumación del delito, dada la dicción del tipo, exige la producción del daño aunque este no sea relevante. Y resulta probado que los disparos de los recurrentes supusieron un atentado contra las personas y produjeron daños en el buque y sus bienes, al emplearse violencia. Para sustentar tal cambio en la calificación jurídica de los hechos, el juzgador se sirve de la definición de piratería que se contiene en el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en línea con el artículo 15 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar de 29 de abril de 1958, como cualquier acto ilegal de violencia, detención o depredación, sin exigirse como hacía el juez de instancia una desposesión o destrucción total del buque.

Sentencia del TSJ de Galicia (Sala 1) de 18 de septiembre de 2013

Recurso núm. 391/12

Ponente: Excma. Sra. D.^a María Dolores Galindo Gil

Pronunciamiento del TSJ de Galicia que analiza la legalidad de una contratación de trabajadores extranjeros indonesios por un buque de pabellón español para pescar en aguas internacionales o extranjeras sin contar con la autorización previa de residencia y trabajo en España.

Recuerda el tribunal (FD 3) que en el ámbito del Derecho administrativo sancionador rige el principio de territorialidad que obliga a la aplicación de la normativa nacional a todos los hechos o situaciones que se lleven a cabo en el territorio del Estado español, lo que enlaza y se deriva de las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (artículo 94).

A este respecto, el juzgador se detiene en justificar como la nacionalidad del buque es española, por haberle sido conferida por el Estado mediante autorización a enarbolar su pabellón instrumentada a través de su matriculación en un puerto y la inscripción en el correspondiente registro. Ello supone que dicho buque sea considerado territorio nacional, con la consecuente jurisdic-

ción de nuestro país y la aplicabilidad de la legislación española al objeto de tutelar las obligaciones administrativas, técnicas y sociales, así como, el cumplimiento de la legislación internacional y de las responsabilidades derivadas.

Por lo que, siendo uno de los deberes del Estado del pabellón «*ejerce(r) su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque*» (art. 94.2b), se aplica la normativa española y se acaba por desestimar el recurso contencioso-administrativo de la armadora que pretende evitar la correspondiente sanción como responsable de una infracción muy grave prevista en el artículo 54.1, letra d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

**Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 3/2014,
de 16 de enero de 2014**

Recurso núm. 9061/2007

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

**Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 25/2014,
de 13 de febrero de 2014**

Recurso núm. 9260/2007

Ponente: Exmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré

El TC ha reafirmado las competencias del Estado sobre autorización de instalaciones eléctricas en el mar territorial en sendos pronunciamientos del Pleno a comienzos del año 2014.

En ambos casos, las Comunidades Autónomas gallega y canaria han planteado conflictos positivos de competencias contra el Real Decreto 1028/2007 de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial, pues consideran que la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma.

Sin embargo, los fundamentos jurídicos de estas sentencias (*vid.* FD 2, 3 y 6; y FD 3, respectivamente) atienden al Convenio de Bahía Montego y descartan la existencia de tales competencias autonómicas, pues el territorio autonómico no se extiende al mar territorial, «*rechazando la utilización de un concepto propio del Derecho internacional en un ámbito absolutamente ajeno al mismo como es, en definitiva, la distribución de competencias entre el Estado y las Comuni-*

dades Autónomas al que afecta la definición del territorio como límite natural de la competencia autonómica» (FD 3 de la segunda sentencia).

Otras decisiones de tribunales nacionales relativas al Derecho del Mar

Nos limitamos a dejar constancia de este grupo de pronunciamientos judiciales con aspectos de Derecho Internacional del Mar cuyo interés principal radica en cuestiones de jurisdicción universal de las que tomamos nota en el correspondiente apartado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) núm. 593/2014, de 24 de julio de 2014

Recurso núm. 10435/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sec. 2.^a) núm. 21/2014, de 6 de mayo de 2014

Recuso núm. 6/2014

Pte: Excma. Sra. D.^a Concepción Espejel Jorquera

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sec. 2.^a) núm. 37/2014, de 30 de junio de 2014

Recurso núm. 187/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luís Hurtado Adrián

Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 4 de Madrid núm. 31/2014, de 9 de junio de 2014, n° autos 117/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Francisco Martel Rivero

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sec. 1.^a) núm. 25/2014, de 13 de mayo de 2014

Recurso núm. 132/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Julio de Diego López

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sec. 2.^a) núm. 26/2014, de 14 de mayo de 2014

Recurso núm. 2/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Julio de Diego López

Elena López-Almansa Beaus
Universitat de València

III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

En materia de aplicación de Tratados internacionales destacamos una sentencia del Tribunal Constitucional que recoge la doctrina del TEDH relativa a la obligación que recae sobre las autoridades competentes de investigar de forma diligente las acusaciones y sospechas de tortura o malos tratos hasta verificar con pruebas su exactitud o incerteza, así como la obligación de llevar a cabo una «investigación pronta e imparcial» con arreglo al artículo 12 de la Convención contra la Tortura. Destacamos asimismo otras sentencias relativas a la aplicación en España de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y otra especialmente interesante sobre el derecho a la educación de un menor con problemas cognitivos con arreglo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 153/2013 de 9 septiembre 2013

El asunto surge cuando el recurrente en amparo fue detenido en Pamplona, y tras ser esposado fue conducido a comisaría para ser examinado por el médico forense y posteriormente ser conducido a Madrid, donde estuvo detenido siendo interrogado. Más tarde el detenido presentó denuncia por la comisión de un posible delito de torturas, consistente en malos tratos físicos y degradantes, tanto mientras fue conducido a Madrid, como durante su interrogatorio y mientras estuvo retenido en comisaría. A raíz de la denuncia se abrieron Diligencias Previas, por un juzgado de instrucción de Madrid, el cual sin la práctica de todas las diligencias solicitadas, decreto el sobreseimiento provisional y archivo. Recurrida ante el Audiencia Nacional esta decisión fue ratificada, al estimar que «no se aprecian maltratos, ni el abogado de oficio advirtió ninguna irregularidad». La decisión de la Audiencia fue objeto de recurso de amparo que es estimado por el TC.

El solicitante de amparo funda su petición en que se practicó una investigación «insuficiente». El Ministerio Fiscal también se une a su solicitud al estimar que el juzgado instructor efectuó un «lectura reduccionista de los informes médicos», olvidando la existencia de otros medios de prueba necesarios para la debida investigación de los hechos.

El TC, tras advertir que en modo alguno va entrar a determinar si han existido o no hechos que integren el posible delito de torturas, señala que, en

los casos de posible tortura, la actividad judicial *«exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas (...) una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial»*. Por ello, *«la tutela judicial será así suficiente y efectiva ex art. 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria»* (STC 34/2008, de 25 de febrero, Fj 6, y, citándola entre otras muchas, STC 63/2010, de 18 de octubre, Fj 2)». Esta es pues la clave de la cuestión a dilucidar la existencia o no de una investigación suficiente y efectiva.

Recuerda el TC que no hay que atender tan solo a los informes médicos ya que existen otros datos a tener en cuenta en la debida investigación, y ello no quiere decir que hay que practicar *«todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí de que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que a priori se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones* (STC 34/2008, de 25 de febrero)»

En consecuencia pues la tutela judicial efectiva en los casos de posible tortura obliga a una actividad judicial que aleje toda sospecha sobre la existencia del ilícito, dándose en caso contrario la vulneración del derecho a la tutela judicial efectivo. El TC en esta resolución no ha ignorado los abundantes precedentes jurisprudenciales ante el TEDH, el cual ha procedido a condenar a distintos Estados por esta misma cuestión, constatando la violación del artículo 3 CEDH. Así pues la obligación que se desprende de la interpretación de este artículo, debe conducir a las autoridades competentes (en este caso el juzgado instructor) a investigar de forma diligente las acusaciones y sospechas de malos tratos hasta verificar con pruebas su exactitud o incerteza. En el mismo sentido se obliga a una *«investigación pronta e imparcial»* en las presentes circunstancias según el artículo 12 de la Convención contra la Tortura.

2. Sentencia Audiencia Nacional 4438/2013, Sala de lo Penal, Sección 1.^a de 30 de octubre de 2013

El presente asunto relativo a un delito de piratería, mencionado brevemente *supra* en el apartado sobre derecho del mar, tiene su origen en las costas de Somalia. Estando patrullando el buque militar español «Patiño» a 47 millas

de la costa, como parte de la Operación Atalanta, fue objeto de un intento de abordaje por un esquiife pirata. La acción llegara al extremo de realizar los piratas contra el mismo distintos disparos con fusibles calificables de armas de guerra que causaron algunos daños en el casco. Tras la escaramuza, los agresores fueron capturados y llevados a España, donde han sido juzgados y respecto de los cuales se ha dictado la sentencia que estamos referenciando.

En esta sentencia, y ante la falta de una prueba fehaciente de los hechos ocurridos, se hace repaso de la jurisprudencia del TS y TC relativa a la llamada prueba indiciaria en la rama penal, que es aceptada como fundamento para llegar a una condena, destruyendo la presunción de inocencia prevista en el artículo 24 CE. Sentando que esta conclusión será válida siempre que se acredite la existencia real del ilícito y la culpabilidad del acusado. La presunción de inocencia no se opone a que se estime la culpabilidad en base a una prueba indiciaria que permita una conexión eficaz y directa. En definitiva se condena a los acusados por los delitos de piratería, tenencia y depósito de armas de guerra y pertenencia a organización criminal. Y ello es más llamativo si tenemos en cuenta que estamos ante un delito ausente del Código Penal durante un extenso lapso de tiempo (desde 1995 a 2010) que obligaba a establecer fundamentos jurídicos relativos a la interpretación de la competencia jurisdiccional y normas supranacionales.

Consideramos que el problema fundamental que debía haberse dilucidado era el relativo a la competencia extraterritorial de los tribunales españoles. Ciertamente los hechos que se enjuician tuvieron lugar antes de la última reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, pero incluso así hay que tener en cuenta que tuvieron lugar fuera de España, que no ocurrieron dentro del buque y que además lo fueron en grado de tentativa de abordaje, circunstancias todas ellas que piden un examen profundo de la competencia jurisdiccional que falta en la sentencia. Y así es necesario recordar que los hechos se enmarcan en la llamada operación Atalanta de la UE concertada para la protección de buques (por cierto, de pesca pertenecientes a empresas privadas) en la costa de Somalia ante agresiones piratas. Sin embargo la sentencia hace escasa referencia a la misma, cuando podría haber sido relevante para legitimar la acción contra los piratas.

Recuerda el tribunal que como consecuencia de las frecuentes y graves agresiones que sufrían los buques pesqueros que actuaban en las costas de Somalia la Unión Europea acordó la llamada Acción Común 2008/851/PESC, cuyo objetivo era disuadir los actos de piratería mediante Operaciones Mili-

tares. Por la Decisión 2010/437/PESC del Consejo, de 30 de julio de 2010 se suprimió el límite espacial de las 500 millas marinas frente a las costas de Somalia y de los países vecinos en el que actuaban las fuerzas armadas de la Unión, toda vez que los agresores piratas habían excedido las mismas. En la Decisión 2010/766/PESC del Consejo, de 7 de diciembre de 2010, en su artículo 12.1 se contienen los principios para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales sobre las personas capturadas y retenidas por su vinculación con la piratería.

Asimismo parece que exista un doble rasero en la persecución de la criminalidad internacional, y que en cambio, no origine enfrentamientos diplomáticos, ni controversias jurídicas, si únicamente se trata de perseguir universalmente casos, como los relativos a la piratería en aguas del Índico. Con este propósito, a petición de los países de la Unión Europea, se ha extendido el principio de jurisdicción universal en Kenia para posibilitar que los tribunales de este país africano pueden enjuiciar a piratas capturados por terceros países más allá de las aguas territoriales de Somalia, Kenya Merchant Shipping Act, Section 369 (4) (a), estipula que la piratería es un crimen «whether the ship (...) is in Kenya or elsewhere or whatever the nationality of the person committing the act».

Por otro lado invoca el tribunal la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que señala en su artículo 105 que lo determinante es el pabellón del buque que apresaa a los presuntos piratas (cualquiera que sea la nacionalidad de éstos y la de sus víctimas), por lo que atribuye la competencia para su enjuiciamiento a los tribunales del Estado que haya realizado el apresamiento. El texto literal de este artículo establece que: «*Todo Estado puede apresarse, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicios de los derechos*».

En este contexto la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo establece un punto de conexión principal, coincidente con el de la CNUDM, al atribuir la competencia al Estado del pabellón del buque que haya realizado la captura, sea éste un Estado miembro de la Unión Europea o un tercer Estado que previo acuerdo con la Unión Europea participe en la operación.

Cuando tuvieron lugar los hechos el artículo 23.4 de la LOPJ establecía la competencia de los tribunales españoles respecto del delito de piratería siempre que las víctimas fuesen españolas, o los presuntos responsables se encontrasen en España, o se constataste algún otro vínculo de conexión relevante con España. Sin embargo si el delito se cometiere en alta mar o en espacio marítimo no sometido a jurisdicción de ningún Estado, tal competencia cedería a favor del Estado del pabellón del buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) que hubieren realizado el apresamiento del buque pirata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 CNUDM. Si éste Estado renunciara al ejercicio de su jurisdicción, o simplemente no la ejerciera, resultaría competente el país que ha realizado el apresamiento. Estando pues ante un delito ocurrido en aguas internacionales y con serias dudas competenciales respecto de su enjuiciamiento, la sentencia cuando menos debía haber profundizado más en esta cuestión.

3. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/2014, de 7 de abril de 2014 (Sala Primera)

Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez.

La sentencia parte de los siguientes antecedentes de hecho que afectan a derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. El recurrente de amparo en el año 2008 solicitó la renovación de su permiso de trabajo y residencia. Esta solicitud fue denegada por la Subdelegación del Gobierno de Valencia, en aplicación del artículo 53.1 a) del Reglamento entonces vigente regulador de los derechos y libertades de los extranjeros. En dicha resolución se le advirtió que debía abandonar España en el plazo de quince días. El afectado interpuso Recurso de Alzada en el que expresó, como alegación fundamental que *«la resolución no ha valorado las circunstancias de arraigo existentes, como el hecho de que su madre reside en Valencia, que era titular de una autorización de residencia permanente, que dispone de trabajo indefinido, y que tiene dos hijos menores bajo su guarda y custodia, que dependen económicamente de él y que, finalmente, uno de ellos, nacido el 21 de octubre de 2003, tiene nacionalidad española, lo que por sí sólo habría merecido una valoración, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo 1520/2005, de 26 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (que se refiere a la protección del menor y a los artículos 19 y 39 CE)»*.

El recurso de alzada se consideró desestimado por silencio administrativo al no ser contestado en el tiempo legalmente previsto al efecto, lo que motivó

la interposición de Recurso Contencioso Administrativo, cuya sentencia de nuevo acabó por desestimar la demanda ratificando la resolución administrativa impugnada. Apelada ante el Tribunal Superior de Justicia, este dictó nueva sentencia desestimando la apelación y confirmando la de instancia. Tras estas vicisitudes procesales se acudió en amparo ante el TC. Apoyando la parte recurrente sus pretensiones en el artículo 24.1 de la CE que considera infringido en cuanto que las sentencias impugnadas no han ponderado debidamente las circunstancias concretas del caso, cuales son la existencia de dos niños menores, uno de nacionalidad española, así como que la circunstancia por la cual el recurrente, pese a su divorcio, sigue abonando la correspondiente pensión alimenticia y tiene la custodia compartida.

El TC trayendo a colación el recurso *«afirma que el artículo 20 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se opone a que se deniegue a un nacional de un Estado tercero el permiso de residencia y trabajo en un Estado miembro, cuando éste asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, “en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”*. Cita finalmente en favor de sus argumentos la STC 140/2009, de 15 de junio, cuyos razonamientos, si bien desplegados en un caso de expulsión, considera aplicables el presente asunto».

Por su parte el Ministerio Fiscal, en sus alegaciones, señaló que la resolución administrativa para denegar la petición de residencia y trabajo, se basa exclusivamente en la existencia de antecedentes penales, por lo que en aplicación de lo dispuesto en la ley de extranjería no era posible el acceder a la solicitud del demandante. Sin embargo sostiene el fiscal que dichas resoluciones administrativas no están correctamente fundadas y *«a ello conduce el hecho de que en este procedimiento pueden verse afectados derechos inherentes a la dignidad humana como el derecho a la vida familiar, establecido en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, es reconocido por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como inherente a la dignidad de la persona (SSTEDH, de 2 de agosto de 2001, caso Boutif contra Suiza; 17 de abril de 2003, caso Yilmaz contra Alemania; o, recientemente, de 3 de julio de 2012, caso Samsonnikov contra Estonia), doctrina que además ha sido incorporada por el Tribunal Constitucional en la resoluciones que se refieren a los procedimientos de expulsión (SSTC 140/2009 y 212/2009). Finalmente, señala que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de marzo de 2011, afirma que el artículo 20 TFUE sobre la ciudadanía europea se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un Estado tercero que asume la manutención de sus hijos de corta edad nacionales de la*

Unión, la residencia en el país donde estos hijos menores residen y el permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones “privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”».

Centrado en los términos expuestos del presente asunto, el TC establece como cuestión central a dilucidar si tanto las sentencias como la resolución administrativa que denegó la renovación de los permisos de residencia y trabajo ponderaron y tuvieron en cuenta debidamente las circunstancias del caso, llegando a la conclusión de que las entonces normas sobre extranjería impedían la apreciación de tales circunstancias en relación a la renovación de los permisos ante la existencia de antecedentes penales. El TC recuerda que en la demanda se mencionan, como infringidos, el derecho a la intimidad familiar junto con el de protección a la familia (arts. 18 y 39 CE), poniéndolos en relación con el artículo 10.2 de la CE y el artículo 8 de la CEDH, suscrita por España, y en función de tales vínculos implicaría infracción de los derechos de ciudadanía reconocidos en el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Asimismo se invoca a este propósito la normativa internacional que se considera vulnerada, ya que *el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de Derechos del Niño, debieron ponderar las «circunstancias de cada supuesto» y «tener en cuenta la gravedad de los hechos».*

Por ello en el momento en que mediante el recurso de alzada la Subdelegación del Gobierno tuvo conocimiento de las circunstancias especiales del caso: la existencia del menor de nacionalidad española, la levedad de la sanción penal, y el que se trataba de una renovación del permiso, debía haber ponderado la decisión (lo que tampoco hicieron las sentencias recurridas), en aplicación de la ley en relación con tales circunstancias y al no haberlo hecho infringieron el artículo 24.1 de la CE lo que conduce a otorgar el amparo solicitado.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 10/2014, de 27 de enero (Sala Primera)

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Se examina en esta sentencia el grave y posible ético problema concierne a dilucidar el derecho a la educación de un menor con problemas cognitivos invocándose para ello la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. Se dilucida pues, si debe prevalecer el derecho de los padres a determinar el tipo de educación o por el contrario puede, en fun-

ción de la capacidad del menor y en defensa de sus intereses personales, decidir la Administración cual es el sistema educativo que debe seguirse. Así pues chocan las posiciones parentales sobre su derecho a determinar la educación de sus hijos y la del Estado. No se entra y posiblemente debía haberse hecho en el examen del derecho a la propia personalidad del menor (artículo 9 CE), que dado que no puede por sí mismo (el menor) establecerla y determinarla, podría perjudicarle caso de no impartirle una educación especial y conveniente que conduzca al desarrollo adecuado de su personalidad. Pero esta posición también contradice los deberes de los padres hacia sus hijos que no pueden ser absolutamente suplidos, y menos aún omitidos, por el poder político, hasta tal punto que si los padres no cumplen pueden ser objeto de denuncia por abandono de familia, como ocurrió en el caso que se enjuicia. En definitiva un tema complejo que ciertamente no acabará con lo que se establece en esta sentencia y dará lugar a nueva y futuras conclusiones jurisprudenciales.

Los hechos que dan lugar a este pronunciamiento son los que siguen. Los padres, recurrentes, en el curso 2006-7 inscribieron para su escolarización a su hijo de 3 años en un colegio de Palencia. Al observarse que no avanzaba al ritmo adecuado, se procedió a su evaluación por un equipo de Orientación Educativa de la Dirección Provincial de Educación. En esta se determinó que el menor tenía un cierto retraso que aconsejaba su escolarización en un centro ordinación con especialista en pedología terapéutica, audición y lenguaje así como de un ayudante técnico. Sin embargo los padres solicitaron cambio de centro educativo por mostrar desconfianza con el tutor y facultativos. Por parte de las autoridades educativas se accede a su petición. En el nuevo centro se constata la existencia de frecuentes ausencias del menor. Para el curso 2008-09 los padres proceden a un nuevo cambio de centro educativo. En este vuelven a evidenciarse dificultades de aprendizaje, lo que motiva que se haga al menor una nueva evaluación, que concluye señalando que se requiere para el mismo una atención individualizada que debe darse en un centro Educativo Especial. En octubre de 2008 visita el centro el Inspector de la Dirección Provincial de Educación, para examinar el caso. Habla con los padres la asesora técnica de la Dirección Provincial y tras ello junto con la Inspección emite informe propuesta por la que se estima que debe de escolarizarse al menor en un centro especial. Este informe se comunica a los padres. Como consecuencia del mismo la Comisión de Escolarización dicta resolución en noviembre de 2008, determinando escolarizar de oficio en el Centro de Educación Especial «Carrechiquilla» al alumno. Los padres solicitan revisión del informe técnico

de 2008, que es admitida y llevada a cabo, se ratifica el mismo. De nuevo los padres no llevan al menor al centro educativo designado, lo que provoca que tras informarles de este deber que dejan incumplido, se remitan actuaciones al Ministerio Fiscal. Por su parte los padres solicitan ingreso en un centro ordinario, extremo que provoca que se realice una nueva evaluación, la cual ratifica en todos sus extremos las anteriores. A la vista de ello la comisión de escolarización dicta nueva resolución por la que se acuerda que se continúe la educación en el centro especial. Contra esta resolución interponen los padres recurso contencioso administrativo alegando infracción de los artículos 14, 27 y 15 de la Constitución. La demanda es desestimada así como el posterior recurso de apelación, lo que motiva la interposición del de amparo, alegándose en el mismo la infracción del artículo 27 de la CE, derecho a la educación, que debe darse en un centro ordinario ya que el hacerlo en uno especial supone lesión del artículo 14 por discriminación en base a la discapacidad del menor.

En esta demanda recuerda el TC, *«que los citados derechos a la educación y a la igualdad han de ser interpretados de esta forma de conformidad con los acuerdos internacionales ratificados por España, como la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, norma que sitúa a las personas con discapacidad como plenos sujetos de derechos»*. Por su parte el fiscal informa favorablemente la demanda puesto que *«la determinación de la posible vulneración de los derechos a la educación y a la igualdad del menor deberá hacerse teniendo en cuenta el contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, esta norma define lo que debe entenderse por discriminación y ajustes razonables (art. 2), cuales son las obligaciones de los Estados en relación con las personas con discapacidad (art. 4) y los principios esenciales en cuanto a la discriminación e igualdad (art. 5), subrayando en su art. 24 que los Estados partes habrán de asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, de forma que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación. Destaca que el principio de normalización de la educación de las personas con discapacidad es una exigencia que viene impuesta a la Administración educativa no sólo por ley sino que respondería a las obligaciones que impone a los poderes públicos los arts. 9.2 y 49 CE. Para respetar este principio por parte de estos poderes se deben promover las adaptaciones necesarias, siempre que no sean desproporcionadas, para que su derecho a la educación se desarrolle en el sistema educativo ordinario»*.

Entrando ya en el fondo de asunto explicita la sentencia, que no admite, uniéndose a los razonamientos de la Administración, la existencia de infracción

del artículo 15 por llevar a cabo la escolarización en un centro especial. Pasa a dilucidar el Tribunal si ha existido infracción del derecho a la enseñanza y a no ser discriminados a la luz de lo que también prescribe el artículo 49 de la CE que ordena a los poderes públicos a que sigan una política de integración de los discapacitados, lo que está en relación con lo dispuesto en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. En los artículos 2 y 24.1 de esta Convención se establece que se debe asegurar una educación inclusiva a todos los niveles estando prohibido todo tipo de discriminación, debiendo los estados realizar los ajustes necesarios para que esta educación inclusiva siempre que no supongan una carga desproporcionada. Sentados estos principios estudia el caso particular el TC y considera que la decisión administrativa origen de las actuaciones ha sido respetuosa con los mismos toda vez que ha sido fruto de unas pruebas objetivas y debidamente exteriorizadas que cumplen los cánones previstos para que el menor sea educado en un centro especial, motivo por el cual niega el amparo solicitado.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

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

En materia de revisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta durante el periodo cubierto por este trabajo destaca la sentencia condenatoria de 21 de octubre de 2013 en el asunto Inés del río Prada c. España de la Gran Sala del TEDH y los pronunciamientos judiciales nacionales que se dictaron con motivo de aquella relativos todos a la ejecución de sentencias del Tribunal de Estrasburgo y a la revisión de los fallos condenatorios en la llamada Doctrina Parot. Se examina conjuntamente en este apartado los siguientes pronunciamientos judiciales afectados por la sentencia del TEDH mencionada:

- **Auto del Pleno de la Audiencia Nacional núm. 61/2013 (Sala de lo Penal), de 22 de octubre de 2013**
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Sáez Valcárcel
- **Auto del Pleno de la Audiencia Nacional núm. 62/2013 (Sala de lo Penal), de 25 de octubre de 2013**
Ponente: Excmo. Sr. D. José Ricardo Juan de Prada Solaesa

— **Acuerdo General de la Sala Segunda (Sala General) del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 2013.**

El auto de 22 de octubre de 2013 (61/2013) de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el posterior Acuerdo de la Sala General del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013 centran sus respectivos pronunciamientos en la cuestión de la ejecución directa de las sentencias del tribunal de Estrasburgo.

Todo arranca con la condena a España por violar los artículos 5 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Precisamente el cumplimiento del principio de legalidad penal, según el artículo 7 de la CEDH, se examina a la luz de la acumulación del resarcimiento económico a la declaración de lesión de un derecho fundamental de reparación imperfecta, el concepto de pena y los efectos ejecutivos de las sentencias del TEDH.

Como nota previa al examen sucinto de la sentencia cabe señalar el enorme revuelo que causaron las expectativas de la misma y su posible o presumible contenido, difundidas ampliamente por la prensa mediática, toda vez que el TEDH iba a pronunciarse expresando la interpretación última y definitiva de la denominada doctrina Parot y su posible aplicabilidad con anterioridad al 2006.

El inicio procesal tuvo lugar con fecha 3 de agosto de 2009, cuando se interpone ante el TEDH demanda por Inés del Rio Prada contra el Reino de España. Alegaba la demandante que su mantenimiento en prisión desde el día 3 de julio de 2008, venía a infringir el número 1 del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Invocaba asimismo el artículo 7 de dicha norma por cuanto consideraba que se le había aplicada con carácter retroactivo un cambio de jurisprudencia del TS desfavorable y perjudicial para la demandante. El 10 de julio de 2012 la Sala del TEDH dictó sentencia declarando, por unanimidad, admisibles los agravios denunciados. España elevó petición de remisión del asunto a la Gran Sala, pretensión esta que tuvo favorable acogida, pasando los autos para ser enjuiciados por ella.

Inés del Rio Prada fue condenada por la Audiencia Nacional en ocho procedimientos penales diferentes, imponiéndosele diversas penas que en total, acumuladas suponían más de 3000 años de cárcel. La Audiencia Nacional notificó a la demandante como límite máximo de prisión 30 años. Con fecha 15 de febrero de 2001 la referenciada Audiencia Nacional, fijó el día 27 de junio de 2017 como liquidación de condena. El centro penitenciario donde

se hallaba reclusa, teniendo en consideración 3.282 días de remisión de pena por el trabajo efectuado en prisión (así como por estudios realizados allí), propuso el día 2 de julio de 2008, como fecha de su puesta en libertad.

La Audiencia Nacional rechazó la petición sobre la base de la nueva jurisprudencia (doctrina Parot) derivada de la sentencia del TS de 28 de febrero de 2006, la cual establecía que las redenciones de pena no se debían computar sobre los 30 años máximos sino sucesivamente sobre cada una de las penas impuestas. La demandante presentó recurso de súplica que fue desestimado, y contra dicha resolución desestimatoria de nuevo se interpuso recurso de amparo ante el TC que fue inadmitido por estimar que carecía de trascendencia constitucional.

Agotada la vía jurisdiccional nacional Inés del Rio interpuso demanda ante el TEDH que contenía las siguientes alegaciones:

1. Vulneración del principio de legalidad del artículo 7 del CEDH por considerar que una desviación de la jurisprudencia, desfavorable al reo, de forma retroactiva, lo infringía.

2. Violación del derecho a la libertad del artículo 5.1 del mencionado convenio, al estimar que el mantener a la demandante en prisión desde el 3 de julio de 2008, desconocía la exigencia de legalidad de acuerdo con la norma alegada.

Apreciaba la recurrente que la duración máxima de su pena era de 30 años, y que esta pena entrañaba una nueva y autónoma respecto de todas a las que había sido condenada, al haber sido acumuladas en una de 30 años, por lo que siendo esta la única pena y la máxima, mientras estaba en prisión podía *«legítimamente esperar, a la vista de la practica existente, que las redenciones de pena acordadas como contrapartida al trabajo (...) se deducirían de la duración máxima de treinta años de prisión»*. Añadía en sus alegaciones, que al aplicarle la nueva jurisprudencia derivada de la sentencia del TS 197/2006, que implicaba la desaparición del concepto de nueva pena autónoma con la refundición de todas las impuestas en una única de 30 años, se infringía su derecho a la libertad toda vez que las redenciones por el trabajo no tenían ningún sentido si habían de aplicarse sobre cada pena de manera sucesiva. Señalaba que lo dispuesto por la mencionada sentencia en modo alguno era previsible en el momento de la condena y durante los primeros años de cárcel. En cualquier caso hacía mención de la falta de precisión de lo dispuesto en el Código Penal de 1973, que era el que se le había aplicado.

El Reino de España, personado en las actuaciones, indicaba en sus alegaciones, que tanto los delitos como las penas impuestas, estaban claramente definidos en el Código Penal de 1973 y hasta tal punto que la misma Audiencia Nacional había notificado a la demandante, en el 2001, mediante resolución que no fue recurrida, que la fecha del término de su estancia en la cárcel sería el día 27 de junio de 2017. Expresaba que había que distinguir claramente entre la pena y su cumplimiento, y realmente la cuestión que se estaba tratando correspondía al cumplimiento. Añadía que no era cierto que la sentencia del TS de 1994 estableció que la refundición de penas constituía una nueva y autónoma, ni que tampoco constituía jurisprudencia, pues era única y no consolidada. Asimismo precisaba que *«una medida que tenga como fin la redención de una pena (...) no formaría parte integrante de la pena»*, sino de su trámite de ejecución.

Respecto de estas alegaciones el Tribunal Europeo efectuó las siguientes valoraciones. Considera que la garantía consagrada en el artículo 7 del CEDH es esencial del Estado de Derecho, y debe de interpretarse de tal forma que *«proporcione garantías efectivas contra la arbitrariedad en el enjuiciamiento y condena»*. No se limita esta norma a prohibir la retroactividad del derecho penal, sino que también incorpora el principio de legalidad que debe de interpretarse extensivamente a favor del acusado. Por ello *«los delitos y las penas correspondientes deben de estar claramente definidas por la ley. Y este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber a partir de la redacción pertinente y tras haber solicitado asesoramiento letrado adecuado, que acciones y omisiones le acarreean responsabilidad penal y a que pena se enfrenta por este motivo»*.

En relación a la pena, subraya la sentencia, que la *«palabra 'impuesta' utilizada en la segunda frase del artículo 7.1 no puede interpretarse como que excluya de su ámbito de aplicación a todas las medidas adoptadas después de pronunciarse la sentencia»*, ya que estas pueden redundar en una *«redefinición o modificación del alcance de la pena»* y *«cuando eso ocurre el tribunal estima que dichas medidas deben de quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1»*. El principio de legalidad comprende, según este Tribunal, tanto la norma sustantiva como la interpretación jurisprudencial que se hace de ella, exigiéndose condiciones de accesibilidad y previsibilidad. A este fin sirven los tribunales para disipar dudas relativas a la interpretación de la norma y *«la ausencia de una interpretación jurisprudencial accesible y razonablemente previsible puede incluso conducir a una constatación de violación del artículo 7»*.

Con arreglo a estos principios la Gran Sala pasa a estudiar si las actuaciones llevadas a cabo respecto de la demandante han infringido o no los artículos denunciados. A este respecto examina si la pena impuesta en función de la norma sustantiva combinada con su interpretación jurisprudencial cumplía las condiciones de accesibilidad y previsibilidad. Tras el debido examen, llega a la conclusión por la cual *«las autoridades penitenciarias (españolas) y las judiciales computaban las redenciones de pena por el trabajo en prisión sobre la duración de la pena a cumplir»*, y que como es bien sabido, la máxima es de 30 años. Esta interpretación quedaba ratificada por la sentencia del TS de 8 de marzo de 1994 que acabó por dictaminar, que tras la acumulación de penas, la máxima a cumplir de 30 años era una pena nueva y autónoma. Por ello la demandante podía creer mientras estaba en prisión que de la citada pena máxima se deducirían las redenciones de pena por el trabajo. A la vista de todo ello el Tribunal de Estrasburgo concluyó, *«que en el momento en que la demandante había cometido los delitos y en el momento de la adopción de la decisión de la acumulación y del límite máximo, el Derecho Español aplicable tomado en su conjunto incluida la jurisprudencia, estaba formulado con la suficiente precisión para permitir a la demandante»* y que *«la condena equivalía por tanto a una duración máxima de 30 años de prisión, dando por supuesto que las redenciones de pena por trabajo en prisión deberían ser computadas sobre esa pena»*. Por tanto considera la Gran Sala que no era previsible para la demandante el giro jurisprudencial que tendría lugar con la llamada doctrina Parot, por lo que de ello se desprende la violación del artículo 7 del Convenio.

Con respecto a la violación, también denunciada, del artículo 5 del CEDH por mantener a la recurrente en prisión desde el año 2008, señala la Gran Sala que la privación de la libertad debe ser legal, concepto que está íntimamente impregnado de la llamada «calidad de la ley, que exige, según el criterio de legalidad establecido por el Convenio, que toda ley debe ser la suficientemente precisa para que se pueda prever el resultado de cualquier acción», y teniendo en cuenta que la previsibilidad era la citada de redención por el trabajo sobre el máximo de 30 años, la aplicación de una nueva jurisprudencia imprevisible y perjudicial que entrañaba la permanencia en prisión conculco, por falta de legalidad, el artículo 5.1 del Convenio. Sentadas estas premisas se establecen unas bases sobre las que apoyar su fallo,; fundamentos que referidos al cese de la reclusión en prisión de la demandante. Asimismo el TEDH precisa que el Estado demandado es libre de escoger la medida o medidas pertinentes para dar cumplimiento al fallo, pero también el Tribunal concreta que puede hacer

indicaciones al respecto; por ello considerando las circunstancias específicas del caso la Gran Sala dicta sentencia acogiendo la petición de la demandante Inés del Rio y declara que:

- a) Se ha producido una infracción del artículo 7 y 5.1 del Convenio estimando que desde el 3 de julio de 2008, la privación de libertad de la demandante no ha sido legal, la cual debe ser puesta en libertad en el más breve plazo.
- b) En concepto de daños morales debe pagar el Estado demandado a la recurrente la suma de 30.000 euros.
- c) Asimismo en concepto de costas también le debe de abonar la cifra de 1.500 euros.

En relación con el fallo y sus fundamentos jurídicos hay un voto concurrente y tres votos parcialmente discrepantes.

Notificada la sentencia, al día siguiente por **Auto del Pleno de la Audiencia Nacional núm. 61/2013 (Sala de lo Penal), de 22 de octubre de 2013** se acordaba, por unanimidad, la puesta en libertad de Inés del Rio; acuerdo ejecutado por las Instituciones Penitenciarias ese mismo día por la tarde. Este Auto se fundaba en el mandato del Tribunal de Estrasburgo por el cual declaraba que no era legal la privación de libertad y que la única manera de reparar el daño era la puesta en libertad (sin haber dado otra opción). Añadía el auto que teniendo en cuenta que el TEDH es el órgano cualificado para la interpretación del Convenio, y al encontrarse el procedimiento en fase de ejecutoria y habida cuenta de la necesidad de adaptarse a la fecha de la liberación fijada por el Tribunal, todo ello entraña la inmediata puesta en libertad de la detenida recurrente. Aseguran que de no obrar en consecuencia, tendría que ser el TC quien reaccionara al haberse constatado una violación de derechos fundamentales, anulando la decisión contraria a derecho.

Tras este Auto, se produjo el **Acuerdo General de la Sala Segunda (Sala General) del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 2013** por el cual en los casos de sentencias condenatorias dictadas con anterioridad al 28 de febrero de 2006, se harán efectivas sobre el máximo de 30 años, las redenciones que procedan.

El caso de Inés del Rio ha quedado cerrado de forma rápida mediante resoluciones judiciales españolas que si bien cumplen escrupulosamente la sentencia del TEDH, se acomodan un tanto bruscamente con nuestra legalidad interna, ya que la Audiencia Nacional corrige su anterior decisión, también emanada mediante Auto con la naturaleza de firme, a través de otro Auto

contradictorio con el primer y sin haberlo anulado. Pudiera ser procesalmente un tanto cuestionable este proceder puesto que el artículo 118 CE determina que las resoluciones judiciales deben de cumplirse en sus propios términos, y siendo ello así, un auto posterior difícilmente puede sustituir a otro anterior firme. Lo mismo pudiera entenderse del Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo. El problema se plantea por cuanto en el sistema procesal español no existe establecido un procedimiento mediante el cual pueda hacerse efectivo el fallo del TEDH.

Debe recordarse que las sentencias del TEDH aunque obligatorias y vinculantes según el artículo 46 CEDH, no tienen carácter ejecutivo directo, sino declarativo, por la simple razón de que dicho Tribunal no es un órgano jurisdiccional que venga a resolver en última instancia recursos. Siendo así, no se incardina en el sistema jurisdiccional español, puesto que si fuese así las sentencias españolas no alcanzarían firmeza y precisamente para acudir al Tribunal es necesario haber agotado previamente la vía interna, lo que supone encontrarnos con una última resolución judicial firme. Es más el artículo mencionado de la Convención dispone que los Estados tienen la libertad de elegir la forma de dar cumplimiento a las sentencias de Estrasburgo. Y de esta forma cuando no se puede acudir a una ejecución directa interna, se ha previsto en el artículo 41 CEDH una satisfacción equitativa.

Ahora bien siendo obligatorio que las resoluciones judiciales firmes en el orden interno se cumplen a su tenor, las sentencias del TEDH si no pueden ser ejecutadas directamente, desde el punto de vista tanto procesal como material, debiera acudirse al TC solicitando la anulación de la resolución o acto administrativo que por el TEDH ha sido declarado contrario a un determinado derecho fundamental. Y a la vista de esta vulneración, el TC pueda declarar la nulidad de la resolución o acto ilegal. En cualquier caso podría argumentarse que este procedimiento ni es adecuado ni cumple estrictamente las normas procesales como pudieran ser los plazos de interposición del recurso de amparo ante el TC. En definitiva, y no es ajeno a ello el TS cuando así lo señala en el Acuerdo de noviembre 2013 citado, que resulta notable la falta de un procedimiento que determine la forma de ejecutar estas sentencias.

Es importante asimismo señalar los efectos que se derivan de la mencionada sentencia, cuales son: la existencia de cosa juzgada; la de cosa interpretada que está unida al valor de la jurisprudencia como fuente del derecho del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Este valor jurisprudencial se destaca en cuanto que se integra en el principio de legalidad que se conforma

no solo con la *lex scripta* sino que esta tiene que ser «*certa*», en el sentido de tener una determinada «calidad», que derivara de la necesaria precisión para que el ciudadano pueda prever, con el debido asesoramiento, cuáles pueden ser las consecuencias legales que se deriven de sus actos. Siendo así, pese a su naturaleza declarativa, la sentencia de la Gran Sala, en su fallo, no se limita a señalar las vulneraciones de la CEDH, sino que también declara que la demandante debe ser puesta en libertad en el más breve plazo; extremo que ha sido criticado por algún sector doctrinal.

Ha sido también muy discutido el fallo en cuanto que a más de la declaración de infracción de derechos fundamentales se ha impuesto a España el pago de una indemnización. Estimamos que en este punto las críticas no tienen base legal para sostenerse. Como bien tiene reconocido el TC toda infracción de derechos fundamentales da por sí, sin más consideraciones al respecto, derecho a una indemnización. No basta la reparación sino que esta puede o debe estar acompañada de una indemnización, por lo que la sentencia del TEDH se acomodaría perfectamente a esta línea jurisprudencial interna, como a otros precedentes relevantes muy propios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Penal Internacional. Aunque con independencia de ello, no se puede olvidar que la sentencia debe dar lugar a una *restitutio in integrum*, y en el presente caso desde que la demandante debía haber salido de la cárcel hasta que tal hecho tuvo lugar, habían pasado algunos años, extremo que no se saldaba totalmente con la restitución del derecho fundamental infringido y que precisaba de la complementariedad de la prestación económica fijada.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26/2014, de 13 de febrero de 2014 (Pleno)

Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández.

El asunto que ahora sobre el recurrente en amparo resuelve nuestro TC, fue inicialmente condenado por el delito de quiebra fraudulenta, *in absentia* por tribunales italianos, estando, sin embargo, representado por abogados debidamente designados; condena que el Tribunal de Apelación de Bolonia ratificó. La justicia italiana emitió la orden europea de detención y entrega núm. 157-2008.

Detenido en España el infractor-condenado, solicitó amparo al estimar que no debía ser entregado a la justicia italiana en tanto en cuanto se concul-

caba con dicha entrega la interpretación dada por el TC al artículo 24 CE en casos similares, que exigía para el cumplimiento de una Euroorden, que el país al que se tenía que entregar al condenado *in absentia*, debía prever en su legislación la posibilidad de revisión de la sentencia con la presencia del condenado, extremo del que carecía Italia.

Señalaba expresamente el recurrente que de proceder a la entrega, el TC, «*se habría separado de la consolidada doctrina (...), conforme a la cual, en el caso de las condenas por delitos graves impuestas en ausencia del acusado, la entrega ha de condicionarse a la posibilidad de revisión de la Sentencia, citando al efecto las SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio*».

Antes de dictar sentencia el TC elevó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al que planteaba la pregunta relativa a si una legislación nacional tiene establecido un sistema de protección de derechos fundamentales superior al estándar de la UE, por la que se exige que en los casos de entrega de un condenado en ausencia, en otro país, el delincuente tenga derecho a una revisión de su condena. Y en ese sentido se pregunta si debe de aplicarse el derecho que otorga la mayor protección o la entrega se debe realizar según la legislación estándar de la UE relativa a los derechos fundamentales.

El Tribunal de Luxemburgo contestó a esta trascendental cuestión indicando textualmente que: «*El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución*».

Antes de entrar a resolver la cuestión sometida recuerda el TC que en su «*STC 91/2000, de 30 de marzo, llegamos a la conclusión de que constituye una vulneración 'indirecta' de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE que se proyectan ad extra, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, pues consideramos que ello menoscababa el contenido esencial del proceso justo de un modo que afectaba a la dignidad humana (STC 91/2000, de 30 de marzo, F7 14)*».

Sin embargo se estima que se debe proceder a revisar lo que constituye el derecho absoluto a un proceso con todas las garantías, señalando que

para establecer este concepto cobra especial relevancia los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España. En este sentido la interpretación que los órganos de garantía de los derechos fundamentales establecidos, hagan respecto del contenido de los mismos, será decisivo para la delimitación del «contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE».

En esta línea el TEDH interpretando el artículo 6 del Convenio, que recoge el derecho a un proceso equitativo, ha señalado que no se infringe este principio en aquellos juicios celebrados en ausencia del acusado, cuando conste, inequívocamente, que fue informado debidamente y este pese a tal conocimiento no acudió a la vista. Consecuentemente en el caso que está enjuiciando y constando que el condenado fue debidamente informado de la fecha y hora del juicio y que además tenía conferida su representación a letrados debidamente designados, concluye el TC que: *«Así debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida desde la STC 91/2000, que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado»*.

En consecuencia deniega el amparo y ratifica el cumplimiento de la eu-roorden de entrega. Lo interesante de esta sentencia no es su fallo (absolutamente previsible con la simple aplicación del principio *Nemo auditur qui propriam turpitudinem alegans*: «no será oído quien alega su propia torpeza», principio jurídico en virtud del cual nadie puede alegar la propia culpa en juicio), sino el contenido de los votos, que si bien son concurrentes con el fallo resultan discrepantes de los fundamentos de derecho.

Y ello es así por cuanto plantean el grave problema de la discrepancia o regulación diferente entre los derechos fundamentales establecidos en una Constitución Nacional y en los convenidos en los Tratados de la Unión.

Uno de estos votos discrepantes, repetimos solo en cuanto al derecho aplicado en la sentencia, señalaba que *«(el) ATC 86/2011, de 9 de junio, había justificado el planteamiento de la cuestión de interpretación relativa al art. 53 de la Carta en que el Tribunal de Justicia no se había pronunciado todavía acerca de su sentido y en que dicha disposición era “verdaderamente capital de cara a la clarificación del alcance y la función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como su articulación con respecto a las declaraciones de derechos*

contenidas en las Constituciones de los Estados miembros” (FJ 7)». Y añadía que «La sentencia ha omitido esta cuestión y más aun parece que está siguiendo una línea por la que presuntamente se establece la primacía de la Constitución Nacional cuando dispensa un mayor nivel de protección respecto de los derechos fundamentales respecto de la exigida por el Derecho de la Unión Europea lo que puede suponer graves conflictos en el futuro, puesto que la cuestión era “verdaderamente capital de cara a la clarificación del alcance y la función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como su articulación con respecto a las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones de los Estados miembros” (FJ 7)».

Asimismo estos votos discrepantes expresaban que: *«Sin embargo, la Sentencia aprobada por la mayoría esquivada estas cuestiones centrales y, en su lugar, se alinea con nuestra jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho comunitario no integra el canon de constitucionalidad, que este Tribunal no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho comunitario, y que el Derecho comunitario solo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales».* Discrepa, pues, el voto disidente en cuanto que la sentencia del TC admite que la aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada —se reitera hasta tres veces con distintas formulaciones— al respeto de los principios y valores básicos de la Constitución. Estiman que al plantear la cuestión prejudicial se estaba aceptando, y al contestarla el Tribunal, que su jurisdicción es exclusiva y excluyente para interpretar los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión y que cuando estamos en este contexto, como es el caso actual de la entrega del detenido al Estado Italiano, hay que aplicar únicamente los derechos fundamentales reconocidos en la Unión y no los propios de cada país. Por ello la contestación del Tribunal no sirve para complementar el derecho español, que solo podrá hacerlo para cuestiones internas, pero no en el ámbito exterior a España.

En consecuencia pues no cabe admitir que la modificación del criterio del TC, que sustentaba en la anterior jurisprudencia, venga por una interpretación que entrañe la primacía del derecho español por tener un nivel más alto de protección, sino que el cambio de criterio debía obedecer a la primacía del derecho de la Unión en cuestiones de su ámbito. Pese a todo ello la sentencia no ha examinado esta cuestión suficientemente y adoptado al respecto su criterio, dejando pasar una oportunidad que se traducirá en futuros conflictos.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

V. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sec. 3.^a)
de 16 de septiembre de 2013**

Recurso núm. 1956/2010

Ponente: Excmo Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sec. 3.^a)
de 23 de septiembre de 2013**

Recurso núm. 139/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sec. 3.^a)
de 26 de marzo de 2014**

Recurso núm. 5884/2010

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sec. 3.^a)
de 9 de diciembre de 2013**

Recurso núm. 4832/2010

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Auto del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sec. 1.^a) de 12 de junio de 2014

Recurso núm. 110/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

La sentencia del Supremo de *16 de septiembre de 2013* se sirve del art. 10.2 CE para apoyar la admisión del recurso de casación contra sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2010. Señala en el FD segundo que la declaración de admisibilidad del recurso de casación se revela conforme con el derecho a un proceso equitativo que se proclama en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye para los órganos judiciales una fuente interpretativa prevalente del derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, que exige que los tribunales contencioso-administrativos apliquen las causas de inadmisión de los recursos judiciales respetando el principio de proporcionalidad entre las limitaciones impuestas al derecho de acceso a un tribunal para que examine el fondo del recurso y las consecuencias de su aplicación. En este punto, se citan las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de

9 de noviembre de 2004 Caso Sáez Maeso contra España, y de 7 de junio de 2007 Caso Salt Hiper S.L. contra España.

En igual sentido se pronuncia la sentencia de *23 de septiembre de 2013*, en cuyo FD segundo afirma la admisibilidad del recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 7 de noviembre de 2012, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Ministro del Interior de 8 de junio de 2011, que acordó denegar el derecho de asilo y la protección subsidiaria a un nacional de Nigeria.

Idéntica mención se hace en el FD segundo de la sentencia de *26 de marzo de 2014* sobre admisión de recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GAS NATURAL SDG S.A. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 30 de mayo de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1611/2007.

Por último, se encuentra la misma argumentación en la admisión por *sentencia de 9 de diciembre de 2013* del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Odén contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 10 de junio de 2010, en materia relativa a la delimitación entre los municipios de Fígols i Alinyà y Odén (*vid.* FD 2), así como en el *auto del TS de 12 de junio de 2014* (FD 7) que desestima recurso de queja contra el auto de 11 de julio de 2013, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, por el que se acordó no haber lugar a admitir el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de 26 de abril de 2013 relativa al Impuesto sobre Sucesiones.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.^a) de 17 de diciembre de 2013

Recurso núm. 109/2012

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Supuesto atinente a la libertad sindical del personal laboral de la administración estatal en el que el TS se apoya en el art. 10.2 CE para sostener que ésta se ha vulnerado y, consiguientemente, desestimar el recurso de casación de la administración y confirmar la vulneración de derechos fundamentales.

De la negativa de la administración a suministrar los censos electorales, y estando legalmente obligada a hacerlo, el juzgador deduce una obstrucción

empresarial al ejercicio del derecho de libertad sindical, que impide, derivadamente, la celebración de las elecciones sindicales.

En el desarrollo de la fundamentación jurídica que sustenta este parecer, el TS subraya cómo el derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), guardando esta norma trascendental importancia en orden a la denominada por la jurisprudencia constitucional como «interpretación evolutiva de las instituciones» reflejada en la STC 198/2012 de 6 de noviembre. Ello implica tener en cuenta la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición (*vid.* FD 5).

En particular, el órgano jurisdiccional cita el art. 3 del Convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación; los arts. 5.2, 6.1 y 7 del Convenio 151 OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública; y el Convenio 154 OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva. De esta normativa, se deduce la vulneración del referido derecho, en los extremos, entre otros, relativos a *«la prohibición de limitar el derecho de libertad sindical o de entorpecer su ejercicio legal, la obligación de fomentar la negociación colectiva, a la obligación de conceder a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, a la instauración de métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de las condiciones de trabajo»*.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1.ª), de 4 de octubre de 2013

Recurso núm. 2/2013

Ponente: Excmo. Dr. D. Fernando de Mateo Menéndez

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1.ª), de 19 de marzo de 2013

Recurso núm. 236/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Pedro Quintana Carretero

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, sec. 1.^a)
núm. 13/2014, de 28 de enero de 2014**

Recurso núm. 428/2013

Ponente: Excmo. Sra. D.^a Emilia Ruiz Jarabo Quemada

Otro grupo de pronunciamientos judiciales se ocupa de diversos aspectos del significado y contenido del derecho a la protección de datos de carácter personal conforme a la interpretación efectuada por los instrumentos internacionales.

Por un lado, la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 4 de octubre de 2013* desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, por cuanto el derecho analizado no abarca a las sociedades mercantiles.

La AN no estima vulnerado el art. 18 CE, entre otros, y se apoya en sus fundamentos de derecho 3 y 4 en la interpretación del derecho a la protección de datos de carácter personal efectuada por los instrumentos internacionales. El significado y contenido del derecho, según señala el FD 3, «*se corroboran, atendiendo al mandato del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental*». A este respecto, se citan la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales, el Convenio europeo para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 al que han seguido diversas recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa, la Directiva 95/46 sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Seguidamente, el juzgador vincula tal derecho al derecho al respeto de la vida privada y concluye que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal es distinto de los garantizados en el art. 18.1 de la Constitución, y solamente se reconoce como titular del mismo a las personas físicas.

Se desatiende de este modo la pretensión de la empresa que cuestiona la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), por la que se acuerda no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador de las Administraciones Públicas por haber asociado indebidamente

los datos de la demandante a una deuda reclamada y posteriormente incluirlos en el fichero de la Central de Información de Riesgos del Banco de España.

En segundo lugar, la *sentencia del mismo órgano judicial de 19 de marzo 2014* vuelve a desestimar otro recurso contencioso-administrativo trayendo a colación el art. 10.2 CE en relación al derecho a la protección de datos de carácter personal. En este caso, se considera acertada la actuación de AEPD de no incoar actuaciones inspectoras contra una empresa y sus abogados que había identificado operaciones de la oficina de farmacia denunciante que parecía adquirir demasiados envases de determinados medicamentos y le había requerido para que justificara los pacientes a los se dispensaban, además de haber puesto estos hechos en conocimiento del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla.

Al igual que en el anterior fallo, se insiste en que, conforme a lo dispuesto en los instrumentos internacionales, el derecho a la protección de datos de carácter personal excluye a las personas jurídicas y a los empresarios individuales y profesionales que organizan su actividad bajo la forma de empresa. Pero, además, en los FD 3 y 4 se añaden más matices a esta afirmación. Por un lado, se explicita que los socios individuales de las personas jurídicas, como personas físicas que son sí se encuentran amparados por el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, pero no la persona jurídica que han constituido los socios conforme a la legislación aplicable. Por otro lado, se toma nota de que España no ha usado la posibilidad de extender la protección a las informaciones relativas a agrupaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades, compañías o cualquier otro organismo compuesto directa o indirectamente de personas físicas, tengan o no personalidad jurídica, contemplada en el Convenio Europeo de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Finalmente, el artículo 10.2 vuelve a aparecer en la fundamentación jurídica de la *sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 28 de enero de 2014* para determinar el contenido del derecho a la protección de datos de carácter personal y estimar la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CC.OO.) (a la que se adhieren UGT, USO, CGT y CIG) contra la empresa UNÍSONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A, por incluir cláusulas abusivas en los contratos.

El derecho a la protección de datos personales *«consiste en palabras del Tribunal Constitucional... en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea*

el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso», lo que se corrobora, atendiendo al mandato del artículo. 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental. De ahí que la AN declare la nulidad de las cláusulas que la empresa viene incorporando a los contratos de trabajo por considerarlas abusivas, pues se obliga al trabajador a disponer de medios propios (móvil e Internet) y a proporcionárselo a la empresa para que ésta le efectúe cualquier comunicación referida a su relación laboral y a estar disponible para la empresa fuera de horas de trabajo cuando la empresa tiene medios suficientes para notificar al trabajador cualquier decisión tanto en el centro de trabajo como en su domicilio y además no hay reciprocidad.

**Auto del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) núm. 781/2014,
de 10 de abril de 2014**

Recurso núm. 164/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

**Auto del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) núm. 691/2014,
de 10 de abril de 2014**

Recurso núm. 11067/2013

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

El primer auto se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por los condenados delitos contra la salud pública y tenencia ilícita de armas, recurso que, entre otros motivos, alega infracción de los artículos 10.1 de la CE, 5.4 de la LOPJ, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y 73.3 de la LOPJ, sobre el derecho al recurso de apelación.

Sin embargo, el TS se basa en el art. 10.2 CE para desechar tal motivo e inadmitir el recurso, a tenor de lo dispuesto en el FD 3. Básicamente, analiza el mandato del art. 14.5 del PIDCyP y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del CEDH, y concluye que los Estados no tienen la obligación de establecer en sus ordenamientos jurídicos la segunda instancia en el proceso penal. Más bien, debe entenderse que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior que 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, y esta exigencia la cumple en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de casación penal.

Otro caso en que se pretende sustentar el recurso de casación en la violación del derecho a una segunda instancia penal se refiere a condena por delitos de estafa. Es en el cuarto motivo del *auto de la Sala 2.ª del TS de 10 de abril de 2014 núm. 691/2014* donde se alega que el recurso de casación no puede suplir su derecho a la segunda instancia penal, consagrado en el artículo 14.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien el FD 3 lo desestima sobre la base de las mismas consideraciones que el pronunciamiento anterior.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 237/2014,
de 25 de marzo de 2014**

Recurso núm. 1294/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

**Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2.ª núm. 157/2013,
de 23 de septiembre de 2013**

Recursos núm. 5375/2011 y núm. 5548/2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique López López

Se plantea como primer motivo del *recurso de casación 1294/2013* la vulneración del derecho a la tutela judicial del art. 24 CE en relación al 10.2 CE. Es en el fundamento de derecho cuarto donde la acusación particular desarrolla este argumento frente a sentencia de la AP de Sevilla que absolvió al acusado de delito de encubrimiento.

Considera la recurrente que la resolución comete las siguientes infracciones relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva: del derecho a la doble instancia del art 14.5 del PIDCyP, en relación con el art. 10.2 CE; del derecho de acceso a la justicia; y del derecho a obtener una resolución motivada, a la vista de la inclusión en el relato de hechos probados de una secuencia de acontecimientos físicamente imposibles conforme a la reglas de la ciencia; y a la vista del razonamiento de convicción contrario a las reglas de la lógica y la razón.

Pero este motivo no prospera y el recurso es desestimado. Por un lado, respecto a la primera infracción, señala una vez más el TS (FD. 4 apartado 2) que el mandato del art 14.5 del PIDCP no implica el derecho a una doble instancia

salvo en el proceso penal, entendida ésta en el sentido del 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. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que la actual regulación de la casación penal cumple las exigencias de un doble grado de jurisdicción en materia penal implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías. Pero en cualquier caso, todo lo anterior no es aplicable al caso enjuiciado, pues el derecho del Pacto se aplica a sentencias condenatorias, cuando la recurrida es absolutoria.

En cuanto a las demás cuestiones relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva, el FD 4.3 atiende al contenido del derecho y los límites de la jurisdicción del TS por su vulneración, mientras que el FD 4.4 precisa las diferencias entre el nivel de motivación de las sentencias absolutorias y el de las condenatorias. Por último, el FD 4.5 recuerda cómo la jurisprudencia del TS sigue fielmente al TEDH y exige que, cuando el Tribunal de instancia haya establecido los hechos probados sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales, la rectificación de cualquiera de aquellos para construir un nuevo relato fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria requiere una audiencia pública en la que sea oído el acusado.

Precisamente esa falta de audiencia de los acusados en el procedimiento de apelación es la que le lleva al TC a otorgarles el amparo solicitado por *sentencia de 23 de septiembre de 2013*, declarando la nulidad de la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de marzo de 2011 que les condenaba por delito de estafa.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5.^a) de 28 de mayo de 2014

Recurso núm. 59/2012

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Novoa Fernández

Interesante supuesto en el que se desestima recurso contencioso administrativo interpuesto por los padres de un recluso que se suicida en el hospital psiquiátrico penitenciario, contra la resolución dictada por el Ministerio del Interior desestimatoria de la reclamación de indemnización a consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La Audiencia funda este pronunciamiento en la inexistencia de un elemento de anormalidad en el servicio público suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determinar con ello el carácter antijurídico del daño producido, así como la inexistencia de elementos de falta de asistencia o de vigilancia y control del hijo de los actores. Ello es acorde (FD 4) con la interpretación de los derechos de los presos y los deberes de la Administración a la vista de la normativa interna e internacional. Compatible, pues, con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral y el ineludible deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad exigidas por la CE en los artículos 10.1 y 15, por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículo tercero), por las previsiones contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el PIDCyP.

Elena López-Almansa Beaus
Universitat de València

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

Entre las resoluciones relativas al derecho de asilo, estatuto del refugiado, apátridas y extradición destacamos una sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo, que avala una resolución del Ministro del Interior por la que se revoca el estatuto de refugiado a un ciudadano de origen paquistaní por razones de seguridad nacional relacionadas con sus manifestaciones contrarias al Islam con arreglo a lo previsto en el artículo 44.1.c) de la Ley de Asilo, en relación con el artículo 33.2(1) de la Convención de Ginebra. Destacamos también la una sentencia del Tribunal Supremo que recoge la doctrina más reciente del TJUE en el sentido de que las autoridades nacionales encargadas de resolver las solicitudes de protección internacional deberán, en asuntos donde se alegue persecución por razón de la homosexualidad del solicitante, verificar no sólo la existencia del tipo delictivo relativo a homosexualidad castigado con penas privativas de libertad sino también su aplicación efectiva en el país correspondiente. Por último, en sede de extradición, destacamos una sentencia del Tribunal Constitucional que anula un Auto de la Audiencia Nacional que se limitaba a señalar que no era posible equiparar a los residentes con los nacionales a efectos de la aplicación del art. 12.2 f)

de la Ley 3/2003 sin pronunciarse sobre la interpretación dada al art. 4.6 de la Decisión Marco 2002 por la STJUE de 5 de septiembre de 2012, asunto L. D. S., que había sido invocada por el recurrente.

DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO

1. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de núm. 70/2013 de 3 de octubre de 2013.

Ponente: Excma. Sra. Dña. María de la Esperanza Córdoba Castroverde

Entre las numerosas sentencias dictadas sobre el estatuto de refugiado y el derecho de asilo en el período cubierto por este trabajo nos limitaremos a señalar aquellas que consideramos más ilustrativas. Entre ellas destaca la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 3 de octubre de 2013. La sentencia trae causa de una resolución del Ministro del Interior de 21 de diciembre de 2012, por la que se revoca el estatuto de refugiado a un ciudadano de origen paquistaní, que la había obtenido en 2006, con base en el artículo del artículo 44.1.c) de la Ley de Asilo, en relación con el artículo 33.2(1) de la Convención de Ginebra.

La resolución del Ministerio había sido motivada por unos informes policiales, avalados por información recibida de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, donde se acreditaba que el ciudadano en cuestión había publicado en su página duros artículos contra el Islam, señalando en este mismo medio, así como en otros, su intención de quemar el Corán en España advirtiendo que lo haría en Madrid.

Asimismo, los informes constataban que el mismo ciudadano había enviado a varias embajadas españolas un artículo sobre las reacciones en el mundo musulmán tras la emisión de la película «la inocencia de los musulmanes», así como su intención de filmar otra película sobre la verdadera, en su opinión, vida del profeta Mahoma, un avance de la cual había publicado en internet (youtube.com).

Ante estos hechos, y a tenor de las consecuencias que declaraciones satíricas contra el Islam han tenido contra algunas representaciones internacionales en países islámicos, como el ataque al Consulado norteamericano en Bengasi y la muerte del embajador estadounidense en Libia, se inició un procedimiento administrativo tendente a dilucidar si cabía la revocación de la condición de

refugiado con arreglo al artículo 44.1.c) de la Ley de Asilo, como finalmente sucedió.

Según este artículo, procederá la revocación del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria cuando: «c) la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad».

El recurrente ante la Audiencia Nacional afirmó que sólo cabe la revocación de la condición de refugiado en los casos previstos por el artículo 1F de la Convención de Ginebra, es decir, que haya cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; que haya cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; o que sea culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

La Sala, con referencias a una sentencia del Tribunal Supremo (STS de 1 de octubre de 2008 – rec. núm. 66/2006), concluyó por el contrario que tanto con base en la anterior ley de asilo como en la actualmente vigente, el derecho de asilo puede ser revocado en los términos previstos en la Ley de Asilo y las normas internacionales. Así, la Audiencia constató que el artículo 32 de la Convención de Ginebra declara que no se expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente «a no ser por razones de seguridad nacional» en su apartado primero, volviendo a hacer referencia a las «razones imperiosas de seguridad nacional» como causa de expulsión en su apartado segundo. Además, como continúa la Sala el artículo 33 de la misma Convención señala que «no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra».

Respecto del argumento esgrimido por el recurrente en el sentido de que constituir un «peligro para la seguridad nacional» puede operar como causa de denegación del asilo pero no para su revocación. La Sala respondió a este argumento señalando que la propia Convención habla de «privación del derecho», que debe entenderse en el sentido que la Ley española hace al referirse a las causas de revocación. Como afirma contundentemente el Tribunal «Esta asimilación entre las causas de denegación y revocación resulta lógica y responde a la finalidad de la norma legal, pues no podría entenderse que determinadas circunstancias fueran impedimento para la concesión del derecho de

asilo y, sin embargo, el derecho concedido fuera inmune a hechos posteriores de idéntica naturaleza».

A continuación, y aplicando el marco normativo descrito a los hechos del presente asunto, la Sala concluyó que existen razones de interés general que justifican la revocación de la condición de refugiado que le había sido otorgada al recurrente. En concreto, la Sala consideró suficientemente acreditado que el recurrente supone un peligro para la seguridad de España debido a sus actividades relatadas brevemente al comienzo de este comentario, que no fueron rebatidas por el recurrente. Esta sentencia fue confirmada el **30 de mayo de 2014 por el Tribunal Supremo (STS 2021/2014)**, que desestimó por entero el recurso del ciudadano paquistaní. El Magistrado Sr. D. Manuel Campos formuló un voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo por entender que este órgano judicial debería haber elevado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la compatibilidad del artículo 14.4 de la Directiva 2004/83/C (del que trae causa el artículo 44.1.c) de la Ley española 12/2009) con la Convención de Ginebra. A este voto particular se adhirió la Magistrada Sra. D.^a María Isabel Perelló.

2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) de 12 de febrero de 2013.

Recurso de Casación 864/2013

Ponente: Excmo. Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona

La sentencia objeto de este comentario trae causa del recurso interpuesto por un ciudadano originario de Camerún contra la sentencia de la Audiencia Nacional que rechazaba el recurso que había interpuesto contra la resolución del Ministerio del Interior de 18 de enero de 2011 en la que se le denegó el acogimiento de su solicitud de protección internacional (derecho de asilo y protección subsidiaria). El recurrente alegó ante el Ministerio del Interior que, había sufrido persecución, vejaciones y malos tratos por su condición homosexual en su país de origen, lo que le llevó a emigrar primero a Nigeria, luego a Níger, Argelia y finalmente a Marruecos antes de entrar a nado en España por Melilla desde este último país.

El Ministerio del Interior rechazó su solicitud por, *inter alia*, considerar que no habían sido acreditados los hechos que describe y la persecución que alega haber sufrido. La Audiencia Nacional confirmó la resolución del Ministerio al constatar que el recurrente no había aportado ningún elemento,

siquiera indiciario, que permitiera considerar que efectivamente había sido perseguido por causa de su orientación sexual, o que tenía fundados motivos de serlo por dicho motivo. Además, la Sala concluyó que la hostilidad y agresiones que el recurrente afirmaba padecer se ceñían al ámbito familiar, local o doméstico, sin que conste que las mismas fueran consentidas o toleradas por las autoridades de su país, o que éstas se mostraran renuentes a perseguirlas y menos aun que promovieran o incitaran la persecución, por lo que las conductas que describía el recurrente quedaban fuera de los motivos de persecución descritos en las normas nacionales e internacionales relativas a la protección internacional.

El Tribunal Supremo comenzó su análisis del asunto refiriéndose a la importante y reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 7 de noviembre de 2013 (asunto C-199/12) relativa a la interpretación de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 (LCEur 2004, 3082), por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. El Tribunal Supremo subrayó a este respecto que de conformidad con la legislación española, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben atenerse a la interpretación realizada por el TJUE.

Así, el TJUE concluyó que en caso de existir una legislación penal en el país de origen del recurrente cuyos destinatarios sean las personas homosexuales se debe considerar a éstas como un determinado grupo social. Además, si la tipificación de los actos homosexuales conlleva penas de privación de libertad y éstas se aplican efectivamente en el país de origen que ha adoptado ese tipo de legislación debe considerarse que las mismas constituyen una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituyen, por tanto, un acto de persecución. Por otro lado, el TJUE afirmaba que la mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye en cuanto tal un acto de persecución.

Aplicando esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo constató que el recurrente había afirmado ante la Audiencia Nacional ser homosexual o haber tenido prácticas homosexuales en Camerún comportaba un riesgo cierto de encarcelamiento y de imposición de multa, así como que la homosexualidad estaba penada en todos los países por donde había transitado.

Asimismo, en el expediente administrativo constaba que la homosexualidad está penada con penas de privación de libertad y multa. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que las autoridades nacionales encargadas de resolver las solicitudes de protección internacional deberán en asuntos como el presente verificar no sólo la existencia del tipo delictivo castigado con penas privativas de libertad sino también su aplicación efectiva en el país correspondiente, requisito este último que no se había verificado en el presente caso.

A continuación, el Alto Tribunal también acogió el argumento del recurrente relativo al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales al no haber accedido el tribunal de instancia a la práctica de la prueba testifical solicitada por el recurrente, consistente en la declaración de la persona con la que había convivido en Camerún y durante su viaje hasta España, prueba que podría haber completado y avalado la descripción de los hechos realizada por el recurrente. Al no haber accedido a esta solicitud, la Audiencia, según el Tribunal Supremo, privó, de un medio de prueba legítimo al recurrente y vulneró su derecho a la defensa.

A la luz de lo anterior, el Tribunal Supremo estimó el motivo de casación y remitió el asunto de nuevo a la Audiencia Nacional para que se llevara a cabo la prueba testifical solicitada. Además, el Alto Tribunal subrayó que en su nueva resolución la Audiencia deberá tener en cuenta la doctrina del TJUE descrita.

3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 25 abril 2014.

Recurso de Casación 1676/2013

Ponente: Excma. Sra. Isabel Perelló Domenech

Un supuesto bien distinto al anterior es el de la presente sentencia, por la que TS consideró inadecuada la denegación de la tramitación de la solicitud de asilo mediante el procedimiento ordinario que había sido avalada por la Audiencia Nacional.

En concreto, la sentencia de instancia desestimó el recurso interpuesto contra las resoluciones del Ministerio del Interior de fechas 15 y 18 de febrero de 2011, por la que se le denegaba el reconocimiento del derecho de asilo en España y su reexamen, al recurrente. Tanto una como la otra fueron adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo, letra b), del artículo

21 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, precepto que se aplica a las solicitudes presentadas en los puestos fronterizos.

En virtud del mencionado precepto el Ministerio del Interior podrá denegar solicitudes mediante resolución motivada si la persona solicitante «[...] hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave».

El solicitante había alegado ser de origen saharauí, y temer sufrir represalias por parte de las autoridades marroquíes como consecuencia de su participación en el campamento de protesta de Gdeim Izik, así como, *inter alia*, por haber participado en otras manifestaciones por la independencia del Sahara, o por manifestarse partidario del Frente Polisario. Ante, el Tribunal de instancia, el recurrente alegó, entre otros, la improcedencia de la aplicación del artículo 21.2.b) de la Ley 12/2009 (RCL 2009, 2051). A este respecto, el solicitante hizo constar que el ACNUR se mostró favorable en dos ocasiones a la admisión a trámite de su solicitud. El Tribunal de instancia corroboró la existencia de alegaciones contradictorias en el relato del solicitante de asilo, así como la insuficiencia de las alegaciones del interesado, y la falta de acreditación de la persecución que invoca.

El primer motivo de impugnación alegado por el recurrente, que consistía en incongruencia por falta de motivación de la sentencia de instancia, fue desestimado por el Alto Tribunal.

El mismo Tribunal estimo, no obstante, otro de los motivos de impugnación formulados por el recurrente, en concreto, el relativo a la vulneración de la jurisprudencia del propio TS sobre el procedimiento de denegación de protección internacional contemplado en el artículo 21.2 de la Ley 12/2009. Las sentencias vulneradas por la decisión de la Audiencia controvertida son las del TS de 27 de marzo de 2013 (recursos de casación número 2429/2012 y 2529/2012), 24 de junio de 2013 (recurso de casación 3434/2012), 21 de noviembre de 2013 (recurso de casación 4446/2012), 22 de noviembre de 2013 (recurso de casación 4359/2012), 28 de noviembre de 2013 (recurso de casación 4362/2012), 23 de enero de 2014 (recurso de casación 55/2013), 24 de enero de 2014 (recurso de casación 407/2013), 28 de enero de 2014 (recurso de casación 51/2013), 20 de febrero de 2014 (recurso de casación 216/2013) y

28 de febrero de 2014 (recurso de casación 753/2013), todas ellas recaídas en litigios similares iniciados por solicitantes saharauis.

En estas sentencias el TS concluyó que al procedimiento acelerado resultan de aplicación los mismos criterios jurisprudenciales que se consagraron en interpretación del artículo 5.6.d) de la anterior Ley de Asilo pues la funcionalidad de ambos preceptos es similar. Además, en las mencionadas sentencias, el Alto Tribunal criticaba el hecho de que no constase que la Administración hubiera tenido en cuenta los favorables informes del ACNUR para rechazar mediante el procedimiento acelerado la solicitud, lo que supone una infracción de la Ley 12/2009 que atribuye a dicho Organismo un trascendente papel en la investigación de las solicitudes de asilo.

Como en los anteriores casos resueltos por las sentencias mencionadas, alguna de las cuales fueron comentados en esta misma sección en el volumen anterior del Anuario, el TS subrayó en el asunto que nos ocupa, el relato de los hechos formulado por el solicitante no resultaba inverosímil o incoherente de forma tan manifiesta como para no proceder a un examen a fondo con arreglo al procedimiento ordinario, lo que vendría a ser corroborado por los dos informes del ACNUR favorables a la admisión a trámite de la solicitud con el fin de obtener más información, informes que constaban en el expediente.

A tenor de lo anterior, el TS estimó el motivo de casación relativo a la vulneración de la jurisprudencia y anuló la resolución administrativa impugnada, ordenando a la administración que la solicitud de protección internacional presentada por el recurrente sea formalmente admitida a trámite y examinada por los cauces del artículo 24 y siguientes de la Ley 12/2009.

4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.ª) de 22 de abril 2014

Asunto no 6528/11

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España por ordenar la expulsión de treinta inmigrantes saharauis sin haber concluido el examen de sus demandas de asilo. El Alto Tribunal consideró que la actuación del Reino de España supuso la violación del artículo 13 (Derecho a un recurso efectivo), combinado con los artículos 2 (Derecho a la vida) y 3 (Prohibición de tratos inhumanos o degradantes) del Convenio Europeo de Derechos humanos.

Los principales hechos son los siguientes. Los demandantes de asilo llegaron en patera a las Islas Canarias entre enero y agosto de 2012 desde el campamento de Gdeim Izik. Al llegar a suelo español los 30 inmigrantes solicitaron protección internacional ante el temor de sufrir malos tratos por parte de Marruecos si eran devueltos al Sáhara. Las autoridades administrativas consideraron que las alegaciones de los solicitantes eran contradictorias e insuficientes por lo que las rechazó y ordenó su expulsión. Por el contrario, el ACNUR estimó su coherencia y solicitó que fueran aceptadas. Los demandantes de protección internacional trataron de suspender cautelarmente la expulsión mediante recurso ante la Audiencia Nacional, recurso que fue denegado por este Tribunal. Ante esta situación, los inmigrantes solicitaron la adopción de medidas cautelares al TEDH para no ser expulsados sin que sus demandas fueran objeto de un análisis completo.

El TEDH inicialmente solicitó a España entre enero de 2011 y octubre de 2012, con base en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal, que no expulsara a los inmigrantes afectados por el procedimiento ante el TEDH hasta su terminación. A continuación, y con referencias al conocido asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia [GC], no 30696/09, el Tribunal resumió los principios generales y posteriormente los aplicó al asunto objeto del comentario, reconociendo que los procedimientos acelerados de revisión de la protección internacional existen en numerosos Estados y son útiles para rechazar demandas complementemente incoherentes o contradictorias.

Ahora bien, en el asunto comentado el TEDH concluyó que los saharauis no tuvieron oportunidad de presentar toda la información pertinente de los riesgos que corrían durante el procedimiento cautelar iniciado en España ante la Audiencia Nacional. En otros términos, que los solicitantes no tuvieron acceso a un recurso efectivo ante las instancias judiciales nacionales para hacer valer los derechos protegidos por los artículos 2 y 3 del Convenio. En consecuencia, el Reino de España deberá, con base en el artículo 46 del Convenio, garantizar el mantenimiento de los demandantes españoles en territorio español hasta que se examinen en profundidad sus causas.

Otras sentencias

Un supuesto interesante es el de la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, Sección 6.ª, de 26 mayo 2014 (Recurso de Casación 4736/2011, Ponente: Excmo Sr. José M.ª del Riego Valledor)**

por la que el TS consideró improcedente el recurso de la abogacía del Estado contra una sentencia de la Audiencia Nacional que estimaba un recurso contra una Resolución del Ministerio de Justicia de 07-04-2009, denegatoria de solicitud de nacionalidad española.

La solicitud de nacionalidad española había sido presentada por una ciudadana de origen colombiana, asilada en España desde el 23 de diciembre de 1997, soltera, trabajadora, madre de una hija, y colaboradora de Cáritas. Tanto el informe del ministerio fiscal como del juez encargado del registro civil fueron favorables a la solicitud de nacionalidad. Sin embargo, un informe de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, basado en información confidencial, concluyó que no sería conveniente que se facilitara la nacionalidad española a la solicitante por razones de seguridad nacional.

Asimismo, un informe posterior del Ministerio del Interior confirmaba que no existían razones (por ejemplo de seguridad nacional) para extinguir el estatuto de refugiado de la solicitante pero sí para considerar desaconsejable que se facilite la nacionalidad española a la misma con base en el artículo 21.2 del Código civil. A lo anterior se sumaba un informe del Centro Nacional de Inteligencia que constataba que no existía información desfavorable sobre la solicitante.

Ante esta situación, la Audiencia Nacional consideró que los informes contrarios a la solicitud de nacionalidad española carecían de concreción, y en ellos no constaba dato alguno que avalase el riesgo para la seguridad nacional pretendidamente supuesto por la solicitante. El TS confirmó la interpretación de la Audiencia, señalando que los informes mencionados eran estereotipados, y que se repetían con el mismo contenido en otros expedientes de nacionalidad que habían sido objeto de crítica por parte del TS en anteriores sentencias (sentencias de 20 de junio de 2011 (recurso 6221/2008), 22 de julio de 2011 (recurso 1360/2009) y 12 de septiembre de 2011 (recurso 1364/2009)). En dichas sentencias, recordaba el Alto Tribunal, se precisaba que la Administración no estaba obligada a proporcionar datos exhaustivos sobre las actividades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pudieran comprometer el resultado de sus investigaciones, sino simplemente a aportar un mínimo de datos sobre esas razones de seguridad nacional que se invocan en el informe, y que en este caso resultaban indefinidas y desconocidas, por lo que desestimó el recurso de la abogacía del estado y confirmó la sentencia de instancia.

APÁTRIDAS

En materia de reconocimiento de la condición de apátridas señalamos varias disposiciones relativas a solicitantes de protección internacional provenientes del Sáhara occidental, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 4 de abril 2014

Recurso de Casación núm. 4734/2011

Ponente: Excm. Sr. María Isabel Perelló Domenech

En materia de reconocimiento del estatuto de apátrida destacamos esta sentencia que confirma la posición del Tribunal Supremo respecto de la situación de los ciudadanos saharauis, que gozan de dicho estatuto pese a tener un pasaporte argelino, expedido no por ser de dicha nacionalidad sino por razones humanitarias.

El recurso fue planteado por la abogacía del estado por considerar que la Audiencia Nacional había vulnerado los arts. 1 y 27 de la Convención sobre el Estatuto de Los Apátridas de 1954, el art. 34.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 4/2000 y el art. 4.2 del RD 865/2001 al reconocer el estatuto de apátrida a un ciudadano que tenía un pasaporte argelino que le permitía desplazarse.

El TS, con referencia a las ya numerosas sentencias estimando los recursos de ciudadanos saharauis contra resoluciones denegatorias de su condición de apátridas, confirma la postura de la Audiencia Nacional, basada en la doctrina fijada en sentencia Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, RC 8597/2004 y confirmada en otras muchas sentencias posteriores, muchas de las cuales han sido comentadas en ediciones anteriores de esta sección.

Véanse asimismo, en un sentido similar, también relacionadas con la concesión de apatridía a ciudadanos saharauis con pasaporte argelino, entre otras, las **Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2.ª) de 10 de julio de 2014, Número de recurso: 240/2013 y Recurso 260/2013, Ponente: D. José Guerrero Zaplana**. En ellas la Sala de la Audiencia Nacional rechaza en términos categóricos el argumento esgrimido por las autoridades administrativas para denegar el estatuto de apátrida a los recurrentes, a saber, no haber presentado el certificado de la

misión de la ONU en el Sáhara (MINURSO) que demostrase que procedían de los campamentos de Tinduf. En los términos de la Sala «No alcanza la Sala a entender cómo puede el citado certificado erigirse en presupuesto esencial para la concesión del estatuto de apátrida, hasta el punto de constituirse, siempre según el representante de la Administración, en una suerte de *conductio sine qua non* para el reconocimiento del derecho». Además, y para mayor reproche de la actuación de la administración en este caso, en uno de los casos que dio lugar a las sentencias comentadas el recurrente sí había presentado dicho certificado (en concreto el asunto que motivó el Recurso 260/2013).

EXTRADICIÓN

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 4 de abril 2014

Recurso de Amparo 4969/2013

Ponente: Don Andrés Ollero Tassara

Versa este comentario sobre una sentencia del TC relativa a un recurso de amparo interpuesto contra un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Tercera), dictado en procedimiento de orden europea de detención y entrega, por el que se acordaba la entrega del demandante de amparo a las autoridades judiciales italianas para el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en Sentencia dictada en rebeldía por un delito contra la salud pública.

El recurrente alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los derechos a un proceso con todas las garantías, a la libertad personal y a la libertad de residencia, por considerar que la Audiencia Nacional no había dado respuesta motivada a su alegato de oposición a la entrega basado en la equiparación con los españoles, por ser ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea con residencia en España desde 1999. Relacionado con lo anterior, el recurrente alegaba la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley habida cuenta de que, en su opinión, en supuestos semejantes de aplicación del procedimiento de orden europea de detención y entrega la Audiencia Nacional había denegado la entrega de ciudadanos de otros Estados miembros residentes en España, al equipararlos a estos efectos con los españoles.

El Fiscal apoyaba el amparo por considerar que el Auto impugnado había vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión,

al incurrir en incongruencia omisiva por no haber dado dar una respuesta razonada a su pretensión de que se le aplicara el art. 12.2 f) de la Ley 3/2003 en relación con el art. 4.6 de la Decisión Marco 2002, interpretado de acuerdo con la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 5 de septiembre de 2012, asunto L. D. S., y con el principio de no discriminación de los nacionales de los Estados miembros (arts. 18 TFUE y 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea). De hecho, afirmaba el Fiscal, el Auto impugnado se limitaba a señalar que no era posible equiparar a los residentes con los nacionales a efectos de la aplicación del art. 12.2 f) de la Ley 3/2003 pero sin pronunciarse sobre la interpretación dada al art. 4.6 de la Decisión Marco 2002 por la STJUE de 5 de septiembre de 2012, asunto L. D. S., que había sido invocada por el recurrente. Lo anterior contrastaba con la primacía del Derecho de la Unión Europea en la interpretación de las normas nacionales que lo incorporan, y con el principio de no discriminación de los nacionales de los Estados miembros.

El TC precisó, en primer lugar, que el canon de constitucionalidad aplicable al presente asunto es un canon reforzado, habida cuenta de que el derecho a la tutela judicial efectiva se solicita para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como son, tanto el derecho a la libertad personal, como el derecho a la libertad de residencia (véanse, entre otras muchas las SSTC 196/2005, de 18 de julio, FJ 3; 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3; 120/2008, de 23 de octubre, FJ 2, y 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

A continuación, el Alto Tribunal resumió acertadamente el fallo del TJUE en el asunto L. D. S antes mencionado donde, en un asunto similar al presente (en el que un ciudadano portugués se oponía a su extradición a aquel país desde Francia, donde era residente, con base en el artículo 4, número 6, de la Decisión marco 2002/584, ahora invocado por el recurrente. Así, el TJUE concluyó que dicha disposición, junto con el artículo 18 TFUE debían interpretarse en el sentido de que un Estado miembro puede, en el marco de la transposición de dicho artículo 4, número 6, optar por limitar las situaciones en las que la autoridad judicial de ejecución nacional puede denegar la entrega de una persona comprendida en el ámbito de aplicación de esa disposición pero no puede excluir, de manera absoluta y automática de ese ámbito a los nacionales de otros Estados miembros que habiten o residan en su territorio sin tener en cuenta los vínculos que éstos tengan con el mismo (FJ Tercero). En consecuencia, el TJUE requería de los órganos jurisdiccionales nacionales en el caso de que su derecho doméstico excluyera de manera absoluta y automáti-

ca a los nacionales de otros Estados miembros que deseen no ser extraditados, que interpretaran su derecho de manera conforme con la Decisión marco, por ser de obligado cumplimiento.

Frente a esta doctrina, alegada por el recurrente ante la Audiencia Nacional, este tribunal se limitó a señalar que el art. 12.2 f) de la Ley 3/2003 prevé como causa facultativa de denegación de la entrega que la persona que va a ser extraditada tenga la nacionalidad española, lo que no era el caso del recurrente. Dicho de otra forma, como afirma el TC «No se ofrecen en el Auto las razones por las que el órgano judicial no se siente vinculado, a la hora de interpretar y aplicar al caso el art. 12.2 f) de la Ley 3/2003, por lo dispuesto en el art. 4.6 de la Decisión Marco 2002, interpretado por la STJUE de 5 de septiembre de 2012, asunto L. D. S., en los términos y con el alcance que antes han quedado expuestos» (FJ 4).

A tenor de lo anterior, el TC reconoció el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los derechos a la libertad personal y a la libertad de residencia del recurrente y anuló el Auto y la providencia controvertidas si bien, como reconoció el propio tribunal, lo anterior se hacía a efectos meramente declarativos al haber sido ejecutado el Auto impugnado y entregado el recurrente a las autoridades judiciales italianas sin esperar a la sentencia del TC.

Otras sentencias de tribunales nacionales relativas a extradición

Entre las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en materia de extradición durante el periodo cubierto por este trabajo cabe destacar dos sentencias que han sido objeto de estudio bajo otros rubros de esta sección de jurisprudencia del Anuario por estar también relacionadas con aquellos. En primer lugar, la **Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26/2014, de 13 de febrero de 2014 (Pleno)**, relativa al conocido asunto Melloni, comentada en sede de revisión del fallo condenatorio aunque la causa trae origen de una extradición. En segundo lugar, la **Sentencia 592/2014 de 24 de julio de 2014, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; recurso de casación 1205/2014**, comentada en sede de jurisdicción universal, también relacionada con una extradición.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

VII. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

**1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
(Sala de lo Social, Sección 5.^a) de 16 de septiembre de 2013**

Recurso de Suplicación 609/2013

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alicia Catalá Pellón

La sentencia objeto de este comentario trae causa del despido de una ciudadana de nacionalidad española que trabajaba en la embajada de Grecia en Madrid. En concreto, la embajada de Grecia comunicó a la actora por carta fechada el 14/12/2011 que, ante la situación de crisis económica conocida, el contrato no iba a prorrogarse. El Juzgado de lo social nº 37 de Madrid consideró improcedente el despido.

Ante esta sentencia, la embajada de Grecia formuló un recurso de suplicación en el que, entre otros argumentos menos relevantes para los efectos de esta sección, se alegaba que sí existía causa para el despido y que la misma era externa, mundial, afectaba especialmente al Estado griego y era debida a una fuerza mayor de tipo económico que imposibilita la prestación de trabajo. A este respecto, la embajada de Grecia invocaba, entre otros, el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, señalando que el artículo 4 de dicho Tratado dispone que los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las Instituciones de la Unión. En consecuencia, la embajada de Grecia, se habría limitado con el despido de la actora, a dar cumplimiento a la decisión del Consejo decisión del Consejo de 12 de julio de 2011 dirigida a Grecia con el objeto de que redujera su déficit.

El Tribunal Superior de Justicia, en la parte más relevante de esta sentencia subrayó, con referencia a una sentencia del mismo Tribunal de 19 de mayo de 1997 (Rs. nº 858/1996), relativa al despido de un trabajador español que prestaba servicios en una embajada extranjera (de EEUU) que «... No es posible imponer una determinada plantilla laboral a una embajada extranjera. La decisión sobre la adscripción de medios materiales y humanos a una representación diplomática es un acto *iura imperii* no solo como derivación del principio de inmunidad previsto en las convenciones de Viena sobre 1961, sobre relaciones diplomáticas y de 1963 sobre relaciones consultares sino por su naturaleza de acto político encuadrado en la voluntad relacional de la actividad

diplomática. Por ello no es posible revisar –lo que conllevaría la posibilidad de anular– en esta sede jurisdiccional, la pertinencia de la decisión el gobierno norteamericano de reducir el parque automovilístico de su embajada en Madrid. Pero en modo alguno ello significa que el despido se convierta en procedente. La configuración de la extinción de la relación laboral como acto *iure gestionis* a efectos de someter la decisión patronal del Estado extranjero a los tribunales nacionales, de ninguna manera puede suponer la modificación *ad hoc* de la legislación laboral que debe aplicar el ordena judicial...». (FJ Quinto)

A tenor de lo anterior, el Tribunal concluyó que correspondía a los Tribunales españoles el conocimiento del procedimiento en cuestión aplicando la ley nacional, y que la mera referencia en la carta a una situación económica negativa, no la convertía en una carta por despido, de tipo objetivo, desestimando en consecuencia el recurso objeto de la resolución.

Otras sentencias de tribunales nacionales relativas a la inmunidad de jurisdicción

Entre las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en materia de inmunidad de jurisdicción durante el periodo cubierto por este trabajo cabe destacar una sentencia que ha sido objeto de estudio bajo otros rubro de esta sección de jurisprudencia del Anuario por estar también relacionada con aquel, a saber, la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) de 8 de octubre de 2013, Recurso de Casación 10436/2013, Ponente: Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**, comentada en sede de derecho del mar. En ella se cita la jurisprudencia anterior del TS donde se recuerda que, de conformidad con el artículo 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, se reconoce el derecho de visita a los buques de guerra que encuentren en alta mar un buque extranjero que no goce de inmunidad de conformidad con los artículos 95 –relativo a la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra en alta mar– y 96 –relativo a la inmunidad de jurisdicción de los buques únicamente para un servicio oficial no comercial– de la Convención, siempre que haya motivo razonable para sospechar que el buque, entre otros casos que cita, no tenga nacionalidad (FJ 12 y STS n° 185/2010, de 3 de marzo).

Cabe también mencionar la **sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Bilbao (Bizkaia) de fecha 30 de julio de 2013**, sobre la que

recayó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.^a) de 15 de abril de 2014, Recurso de Suplicación 629/2014, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa, donde se estima la inmunidad de jurisdicción del Banco Nacional de Bélgica con base en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial de conformidad con el informe evacuado por el Ministerio Fiscal².

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

VIII. OTRAS SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2014

Asunto C-285/12

Ponente: L. Bay Larsen

La sentencia objeto de este comentario aclara que en Derecho de la Unión el concepto de «conflicto armado interno» debe interpretarse de manera autónoma respecto de la definición dada por el Derecho internacional humanitario. Se trata por tanto de una sentencia muy relevante, tanto desde el punto de vista de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea, como desde un punto de vista práctico.

La sentencia trae causa de la petición de protección internacional presentada en Bélgica en los años 2008 y 2010 por un nacional de Guinea. En concreto, el Sr. Diakité solicitó que se le reconociese la protección internacional en Bélgica, alegando que había sido víctima de actos de violencia en Guinea por haber participado en movimientos de protesta en contra del poder establecido.

El Sr. Diakité solicitaba la protección subsidiaria reconocida por la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto

² Véase no obstante lo dispuesto por la sentencia de 24 de mayo de 2013 del Juzgado de lo social n° 17 de Valencia donde se desestima la excepción de inmunidad de jurisdicción planteada por el Banco Nacional de Bélgica. *Vid.* a este respecto el B.O.C.M., n° 297, sábado 14 de diciembre de 2013, p. 213.

de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DO L 304, p. 12, y corrección de errores DO 2005, L 204, p. 24). Según esta Directiva (artículo 2[e]), se entiende por «persona con derecho a protección subsidiaria»: al «nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15 [condena a la pena de muerte o su ejecución, tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno], y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 17 [la exclusión de la protección subsidiaria en caso, por ejemplo, de haber cometido un delito grave o de constituir un peligro para la comunidad o para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra], y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país.

Las autoridades belgas denegaron la solicitud de protección subsidiaria presentada por no existir en Guinea una situación de violencia indiscriminada o un «conflicto armado interno» en el sentido del Derecho internacional humanitario, tal y como había sido interpretado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Las resoluciones denegatorias adoptadas por las autoridades belgas fueron revisadas en casación por el Conseil d'État, órgano que consideró que no cabía excluir que el concepto de «conflicto armado» en el sentido del artículo 15, letra c), de la Directiva pueda interpretarse de manera autónoma y poseer un significado distinto del que le atribuye la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. En consecuencia, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 15, letra c), de la Directiva [...], en el sentido de que dicha disposición ofrece únicamente protección en una situación de “conflicto armado interno”, tal como interpreta este concepto el Derecho internacional humanitario y, en particular, en relación con el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra [...]? Si el concepto de “conflicto ar-

mado interno” mencionado en el artículo 15, letra c), de la citada Directiva [...] debe interpretarse de forma autónoma con respecto al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra [...], ¿qué criterios permiten apreciar en ese caso la existencia de un “conflicto armado interno”?»

En su sentencia, el TJUE observó en primer lugar que el daño definido en el artículo 15, letra c), de la Directiva está constituido por amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno y que, a este respecto, la expresión «conflicto armado internacional o interno», difiere de los conceptos en los que se basa el Derecho internacional humanitario, puesto que este último distingue entre, por un lado, «conflictos armados internacionales» y, por otro lado, los «conflictos armados sin carácter internacional». (apartados 19-20).

En estas circunstancias, continuó el TJUE «debe hacerse constar que el legislador de la Unión deseó conceder la protección subsidiaria a las personas afectadas no sólo en caso de conflictos armados internacionales y de conflictos armados sin carácter internacional, tal y como los define el Derecho internacional humanitario, sino también en caso de conflictos armados internos, siempre y cuando dichos conflictos estén caracterizados por el empleo de una violencia indiscriminada. A este respecto, no es necesario que concurren todos los criterios a los que se hace referencia en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y en el artículo 1, apartado 1, del Protocolo adicional II, de 8 de junio de 1977, que desarrolla y completa este artículo».

El TJUE precisó además que, a diferencia de lo que se prevé en Derecho internacional humanitario, la Directiva ofrece protección internacional a algunos civiles fuera de la zona de conflicto o del territorio de las partes del conflicto. El TJUE también subrayó que el Derecho internacional humanitario y el régimen de protección subsidiaria previsto por la Directiva persiguen fines distintos y establecen mecanismos de protección claramente separados, y que el primero está estrechamente relación con el Derecho penal internacional, lo que no se puede predicar del mecanismo de protección subsidiaria establecido por la Directiva. En consecuencia, el Tribunal concluyó que la noción de conflicto armado interno prevista por la Directiva mencionada ha de ser interpretada de forma autónoma a como lo hace el Derecho internacional humanitario.

Por último, en cuanto a los criterios que solicitaba el Conseil d'État para poder apreciar la existencia de un «conflicto armado interno», el TJUE precisa que en su sentido habitual en el lenguaje corriente el concepto de conflicto armado interno se refiere a una situación en la que las tropas regulares de un Estado se enfrentan a uno o varios grupos armados o en las que dos o más grupos armados se enfrentan entre sí. Además, el Tribunal afirmó que la existencia de un conflicto armado interno sólo podrá dar lugar a la concesión de la protección subsidiaria en la medida en que se considere excepcionalmente que los enfrentamientos entre las tropas regulares de un Estado y uno o varios grupos armados o entre dos o más grupos armados entre sí generen amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de la protección subsidiaria, en el sentido del artículo 15, letra c), de la Directiva, porque el grado de violencia indiscriminada que los caracteriza ha llegado a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir dichas amenazas.

El TJUE añadió tres consideraciones prácticas relevantes para los operadores jurídicos que deban apreciar este concepto, a saber: (i) que cuanto más pueda demostrar el solicitante que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal, menos elevado será el grado de violencia indiscriminada exigido para que pueda acogerse a la protección subsidiaria; (ii) que no es necesario llevar a cabo una apreciación específica de la intensidad de estos enfrentamientos durante el examen de una solicitud de protección subsidiaria para determinar, independientemente de la valoración del grado de violencia resultante de dichos enfrentamientos, si concurre el requisito relativo a la existencia de un conflicto armado; y que (iii) la comprobación de la existencia de un conflicto armado no debe supeditarse a un nivel determinado de organización de las fuerzas armadas implicadas o a una duración particular del conflicto, siempre que basten para que los enfrentamientos entre estas fuerzas armadas generen el grado de violencia mencionado previamente, creando así una necesidad real de protección internacional del solicitante que corre un riesgo real de sufrir amenazas graves e individuales contra su vida o su integridad.

A tenor de lo anterior, el TJUE concluyó que la respuesta que debe darse al juez nacional en el presente asunto puede ser resumida de la siguiente forma «el artículo 15, letra c), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que

ha de admitirse la existencia de un conflicto armado interno a los efectos de la aplicación de esta disposición cuando las tropas regulares de un Estado se enfrenten a uno o varios grupos armados o cuando dos o más grupos armados se enfrenten entre sí, sin que sea necesario que este conflicto pueda calificarse de conflicto armado sin carácter internacional en el sentido del Derecho internacional humanitario y sin que la intensidad de los enfrentamientos armados, el nivel de organización de las fuerzas armadas implicadas o la duración del conflicto deban ser objeto de una apreciación distinta de la del grado de violencia existente en el territorio afectado» (apartado 35).

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia