

III. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Coordinación a cargo de

Francisco Javier QUEL LÓPEZ¹

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO

I. TRATADOS INTERNACIONALES.—II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.—III. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—IV. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—V. ÓRGANOS DEL ESTADO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR.—VI. DERECHO DEL MAR.—VII. ASILO Y REFUGIO.—VIII. DERECHOS HUMANOS.—IX. DERECHO INTERNACIONAL PENAL.—X. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

I. TRATADOS INTERNACIONALES

2006-47

APLICACIÓN DE TRATADOS.—Tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Interpretación de los términos del tratado por el juez nacional. Supuesto específico: ciudadanos uruguayos.

Fundamentos de Derecho

Cuarto.—Respecto al planteamiento por la parte apelada de su pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial, suscitada en esta segunda instancia mediante el mecanismo

¹ La presente crónica abarca el segundo semestre de 2005 respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, así como la emanada de los tribunales inferiores. La selección de materiales ha sido llevada a cabo por los profesores de la UPV/EHU Óscar Abalde Cantero, Nicolás Alonso Moreda, M.^a Dolores Bollo Arocena y Juan Soroeta Liceras. Algunas elecciones, especialmente relevantes, han sido objeto de comentario. La firma de cada profesor identifica a su autor. Conviene advertir que se ha incluido exclusivamente la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles en su función de interpretación y aplicación de normas internacionales.

de la adhesión a la apelación prevista en el artículo 85.4 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y de la que se dio traslado a la contraparte sin que ésta formulara alegaciones, conviene recordar que dicha pretensión fue desestimada por la sentencia apelada por no acreditarse los requisitos del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En la adhesión a la apelación alega la representación de D. Gustavo que debe ser indemnizado por los salarios dejados de percibir por culpa de la denegación del permiso de trabajo solicitado, alegando la pérdida de una oferta de trabajo y de los salarios que comportaba, sin haber por ello podido trabajar y obtener ingresos económicos, existiendo relación de causalidad entre la indebida denegación del permiso y los perjuicios económicos derivados de la pérdida económica contractual, cuantificando la indemnización en el equivalente a los salarios dejados de percibir desde la fecha de la denegación del permiso hasta la fecha del inicio efectivo del contrato de trabajo, más intereses legales, naciendo esta obligación para la Administración de extranjería una vez se ha acreditado el funcionamiento deficiente de ese servicio público. (...)

Pues bien, la configuración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro Derecho (arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y artículo 106.2 de la Constitución Española) viene dada por una actividad administrativa (por acción u omisión, bien sea material o jurídica), un resultado dañoso no justificado y una relación de causalidad entre aquella y éste, incumbiendo su prueba a quien reclama, a la vez que se imputa a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración (SS de 14 de julio de 1986, 29 de mayo de 1987, 17 de febrero de 1989, etc.), especificando que la exigencia de que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto. (...)

Es éste el supuesto debatido, puesto que concurren los requisitos legalmente exigibles:

A) Existe un hecho imputable a la Administración de extranjería, una denegación improcedente de un permiso de trabajo que correspondía otorgar a la Subdelegación del Gobierno en Valencia, que ha requerido un pronunciamiento jurisdiccional para su oportuno reconocimiento a D. Gustavo.

B) Se ha producido un daño antijurídico, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, que el peticionario del permiso no tenía el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial es real, evaluable económicamente, efectivo e individualizado, debiendo cuantificarse en los salarios dejados de percibir como consecuencia de la denegación del permiso, que hubiera permitido al solicitante trabajar durante doce meses, y percibir unos salarios de 1.025,72 euros brutos mensuales. Así pues, el perjuicio se cifra en los salarios dejados de percibir por el demandante del permiso quien, como consecuencia de la incorrecta denegación del mismo, ha dejado de trabajar en España y de percibir unos ingresos económicos, sin que conste que durante ese período haya tenido otros medios de vida u obtenido algunos ingresos privados o públicos.

C) Se aprecia relación de causalidad directa y eficaz entre el deficiente funcionamiento de la Administración de extranjería y los daños y perjuicios anteriormente descritos.

En consecuencia, procederá reconocer el derecho de D. Gustavo a ser indemnizado en la cantidad de 12.308,64 euros brutos, en concepto de daños y perjuicios por los salarios dejados de percibir, sin que proceda la petición de intereses de demora que parece solicitar la parte adherida a la apelación, pues los intereses moratorios son aquellos que se derivan de una obligación pecuniaria consistente en el pago de una cantidad en dinero, una vez que incurre en mora el deudor y siempre que se trate de deuda vencida, exigible y desde luego, inexorablemente, que se trate de una deuda líquida y, en el presente caso, resulta inquestionable que dichos intereses no se pueden devengar antes de la fijación del importe de la reclamación de daños y perjuicios, dada la falta de liquidez inicial de la reclamación, y en base al principio in

illiquidis non fit mora, no conociéndose hasta el momento la cantidad que realmente corresponde en concepto de indemnización.

[Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 2018/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 9 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Manglano Sada.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2006/107326.

En este mismo sentido en cuanto al fondo

[Sentencia TSJ Baleares núm. 626/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 12 de julio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Fiol Gomila.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2005/188556.

[Sentencia TSJ Canarias, Las Palmas, núm. 119/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 22 de septiembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. César José García Otero.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2005/236774.

En sentido opuesto en cuanto al fondo:

[Sentencia TSJ Galicia núm. 866/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 9 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Benigno López González.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2006/86706.

[Sentencia TSJ Galicia núm. 548/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 13 de julio de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Dolores Galindo Gil.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2006/276437.

[Sentencia TSJ Cataluña núm. 846/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 10 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Soler Bigas.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2006/61933.

En sentido opuesto en lo referente a la responsabilidad patrimonial:

[Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 1998/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 11 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Olarte Madero.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2006/107274.

Nota: La jurisprudencia de este segundo semestre de 2005 en torno a la cuestión de la vigencia del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España se ha mantenido en los mismos términos que en el semestre anterior, esto es, en la absoluta indeterminación de cual pueda llegar a ser la solución definitiva al mismo ante la discrepancia entre los diferentes Tribunales y a la espera de que el Tribunal Supremo se manifieste en respuesta del recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado en febrero de 2005, después de que una serie de Tribunales Superiores de Justicia de

diferentes comunidades autónomas (Sentencias TSJ Comunidad Valenciana núm. 99/2005, de 26 de enero; TSJ Cataluña núm. 1105/2004, de 23 de septiembre; TSJ Castilla-La Mancha núm. 10022/2005, de 14 de febrero; ...) emitieran fallos favorables a distintos ciudadanos uruguayos en aplicación de dicho tratado. Este período, sin embargo, ha conocido de algún desarrollo en el ámbito político como lo confirma el hecho de que haya sido aprobada por unanimidad en el seno de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados una Proposición no de ley por la que se insta al Gobierno de la Nación a poner en marcha un mecanismo como es la Comisión de Alto Nivel previsto en el Tratado General de Cooperación de 1992 en el plazo máximo de cuatro meses con la finalidad de abordar conjuntamente con las autoridades uruguayas «la cuestión de la entrada, trabajo y residencia de los ciudadanos uruguayos mediante la aplicación de los criterios más favorables» (BOCG. Congreso de los Diputados núm. 458, de 21 de diciembre de 2005, p. 35).

Al margen de todo ello, lo más destacable en el marco jurisprudencial en torno a esta cuestión ha venido marcado por el hecho de que, por primera vez, aparecen pronunciamientos a nivel de los Tribunales Superiores de Justicia, además de respecto a la propia controversia en sí, en lo relativo a la responsabilidad patrimonial en la que el Estado pueda incurrir como consecuencia de la denegación de los diferentes permisos a los ciudadanos uruguayos [Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 2018/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 9 de noviembre de 2005; (Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 1998/2005) (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 11 de noviembre de 2005]. En este sentido, parece desprenderse de la aun escasa práctica al respecto que dicha responsabilidad vendrá determinada por una triple exigencia delimitada por la existencia de «un daño o lesión patrimonial antijurídica, injustificable y evaluable, que sea consecuencia objetiva, directa y exclusiva del funcionamiento normal o anormal de la Administración y una relación de causalidad entre el primero y el segundo de los requisitos enunciados, sin que exista fuerza mayor». Desde el punto de vista práctico, esta nueva vía jurisprudencial puede suponer una razón de peso para impulsar el interés del Estado español en dar una solución definitiva a esta controversia todavía pendiente.

Óscar ABALDE CANTERO

2006-48

APLICACIÓN DE TRATADOS.—Supuesto específico: Homologación de Títulos Universidades argentinas.

Fundamentos de Derecho

Tercero.—La parte recurrente funda el resto del recurso de casación en dos motivos más, amparados ambos en el número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (RCL 1956, 1890) (LJ). Los dos motivos plantean una misma cuestión y a través de ellos se mantiene que la sentencia de instancia ha infringido una reiterada línea jurisprudencial en materia de homologación de títulos de Médicos Especialistas obtenidos en Universidades de la República Argentina, representada por 37 sentencias que cita, todas dictadas en los años 1995 y 1996, siendo la última de fecha 4 de junio de 1996; así como el artículo 2 del Convenio de Cooperación Cultural Hispano Argentino de 23 de marzo de 1971 (RCL 1973, 633), ratificado por Instrumento de 17 de noviembre de 1972 (BOE de 3 de abril de 1973), precepto que el recurrente estima es el aplicable según los Reales Decretos 86/1987 (RCL 1987, 204) y 127/1984 (RCL 1984, 278, 542), el artículo 96.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y las disposiciones de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 (RCL 1980, 1295), añadiendo que, en su opinión, a la homolo-

gación no se opone la normativa comunitaria, invocándose las Directivas 75/363 (LCEur 1975, 157) y 93/16 de 3 de abril de 1993 (LCEur 1993, 2093) que, sin embargo, quedan fuera de aplicación de este recurso, teniendo en cuenta los precedentes contenidos en las Directivas 75/362 (LCEur 1975, 156) y 86/547 (LCEur 1986, 3982). (...)

Así, la doctrina jurisprudencial reiterada de este Tribunal [por todas, las sentencias de 30 de junio y 27 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5812), 31 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5295) y 4 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1359)] reconoció la aplicación automática de la convalidación de los títulos de educación superior entre España y Argentina, pero esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido modificada posteriormente por las STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9144), 30 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4340), 24 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8639), 15 de junio de 2000 (RJ 2000, 5555) y 20 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 1133), que forman un criterio de aplicación jurisprudencial que ha de ser seguido en su integridad, por razones de unificación de doctrina, seguridad jurídica e igualdad en aplicación de la Ley.

En la cuestión examinada, la posición jurisprudencial vigente de esta Sección es contraria a que la interpretación del artículo segundo del Convenio de Cooperación Cultural firmado entre España y la República Argentina en 1971, conduzca a una automática convalidación de títulos y especialidades sin la necesidad de la celebración de las correspondientes pruebas. La sentencia de 30 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8863), relativa a un título expedido por una Universidad Argentina, que hace referencia a otras muchas, generalizan el criterio contrario al automatismo, en relación a los Convenios suscritos entre España y otros países hispano-americanos de contenido similar al de autos, tal y como se contiene, entre otras, en las sentencias de esta Sección de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6965), 24 de abril de 1997 (RJ 1997, 3364), 19 de junio y 3 de octubre de 1998, 14 de abril, 2 de octubre de 2000, 18 de enero, 10, 16 (RJ 2001, 6914), 17 (RJ 2001, 7446) y 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 6927) y en la doctrina jurisprudencial posterior, que puede concretarse del modo siguiente: (...)

Cuarto.—A la vista de la jurisprudencia de esta Sala y Sección, no cabe en la cuestión examinada mantener la prosperabilidad del motivo, por cuanto que el referido criterio de la no homologación automática constituye una doctrina jurisprudencial basada en el apartado sexto del Título Preliminar del Código Civil (LEG 1889, 27), lo que no impide a este Tribunal que haya variado su criterio e interpretado de forma diferente las normas aplicables, por considerar con arreglo a la jurisprudencia constitucional [sentencias números 91/90 (RTC 1990, 91) y 200/90 (RTC 1990, 200)] que el cambio de criterio no es fruto de un mero voluntarismo casuístico, sino es un cambio justificado y razonado, en la medida en que se ha creado un cuerpo de doctrina jurisprudencial que excluye la arbitrariedad y las resoluciones ad personam, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional [SSTC núms. 49/85 (RTC 1985, 49), 120/87 (RTC 1987, 120), 160/93 (RTC 1993, 160), 192/94 (RTC 1994, 192), 166/96 (RTC 1996, 166)], entre otras resoluciones. (...)

En suma, para que proceda la homologación, es necesario la equivalencia de contenidos (o duración del período formativo) en los estudios realizados en el extranjero para la convalidación del título, y también de las funciones que puedan desempeñarse y la normativa vigente remite a una prueba teórico-práctica sobre los conocimientos teóricos y prácticos de la formación española requeridos para la obtención del título, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, sin perjuicio de las discrepancias iniciales, hoy superadas al amparo de normas comunitarias, de inexcusable acatamiento.

[Sentencia TS núm. 2005/7820 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 7 de diciembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José González Rivas.]

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/7820.

En el mismo sentido:

[Sentencia TS núm. 2005/274559 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 29 de septiembre de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Isabel García García-Blanco.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2005/274559.

[Sentencia TS núm. 2005/238296 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 1 de julio de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Isabel García García-Blanco.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2005/238296.

[Sentencia TS núm. 2005/1408 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 7 de diciembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ 2005/1408.

[Sentencia TS núm. 2005/7805 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 17 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Díaz Delgado.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ 2005/7805.

[Sentencia TS núm. 2005/7422 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 3 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Díaz Delgado.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ 2005/7422.

[Sentencia TS núm. 2005/7766 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 17 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Díaz Delgado.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ 2005/7766.

[Sentencia TS núm. 2005/7421 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 3 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Díaz Delgado.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ 2005/7421.

[Sentencia TS núm. 2005/4275 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 27 de diciembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José González Rivas.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ 2005/4275.

2006-49

PUBLICIDAD DE LAS NORMAS EN ESPAÑA

II. Fundamentos jurídicos

1. *El presente recurso de amparo se dirige contra los Autos de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2004 y 28 de enero de 2005 que declararon procedente la extradición a Francia del demandante de amparo, de nacionalidad española, por hechos calificados en la orden de arresto internacional de 14 de mayo de 2001 como transporte y posesión no autorizada de estupefacientes.*

La demanda de amparo se fundamenta en la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE (RCL 1978, 2836), derivada de la falta de motivación suficiente en que incurre el Auto 29 de julio de 2004 al R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2

aplicar una nueva normativa francesa, sin hacer referencia detallada a la misma, lo que ha generado indefensión al demandante, al haber impedido la contradicción y oposición en relación con unas normas que, en su opinión, no rigen el presente proceso extradicional. Asimismo, la demanda denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al haberse concedido la extradición en virtud de la aplicación de una retirada de la reserva efectuada por el Estado francés al artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición (RCL 1982, 1450) (CEEx) –reserva por la que Francia declara que no entregará a quienes fueran nacionales franceses en el momento de comisión de los hechos–, que no había sido publicada oficialmente en España, con lo que se infringe la garantía fundamental de la legalidad extradicional, que incluye el respeto al principio de reciprocidad. En tercer lugar, la demanda de amparo aduce la infracción del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE, en su vertiente de irretroactividad de la Ley penal desfavorable al reo, por haberse aplicado una normativa, la de euroorden, que no existía en el momento de producirse la reclamación extradicional (...)

3. (...) *El derecho a la tutela judicial efectiva viene a configurar en realidad el primer filtro de revisión constitucional del respeto al principio de legalidad extradicional, en la medida en que si tal principio exige que la extradición sea acordada con arreglo a tratado o Ley, con la finalidad de aportar mayor seguridad jurídica y someter a reglas jurídicas el procedimiento de entrega, su incumplimiento –esto es, acceder a la entrega sin la cobertura legal habilitante– derivará eo ipso en un reproche de arbitrariedad por no estar fundada en Derecho.*

En este sentido, hemos afirmado en la STC 87/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 87), F. 5, en relación con el control de la legalidad extradicional, que, «sin perjuicio de que la selección e interpretación de las normas aplicables corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 de la Constitución, [...], no puede desconocerse que la cuestión [...] puede tener relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la selección judicial o la interpretación de la norma aplicable incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta [SSTC 23/1987, de 23 de febrero (RTC 1987, 23), F. 3; 90/1990, de 23 de mayo (RTC 1990, 90), F. 4] o sea fruto de un error patente [SSTC 180/1993, de 31 de mayo, F. 4; 45/1996, de 25 de marzo (RTC 1996, 45), F. 6]» o, eventualmente, cuando estén en juego otros derechos o libertades de la persona cuya extradición se decide, en la medida en que quepa constatar que la selección e interpretación judiciales no han tomado en consideración entre sus parámetros su incidencia en dichos derechos o libertades (...).

4. [...] *Al respecto, y como complemento indispensable de dicha doctrina en orden a su aplicación al presente caso, hemos de recordar también nuestra jurisprudencia relativa a la incidencia que sobre tales derechos tiene la publicación de la base normativa que sustenta la extradición.*

La STC 141/1998, de 29 de junio (RTC 1998, 141), concluye que los «Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad», y que «una cláusula de un tratado –y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es– no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial» (F. 6). [...]

Respecto a la publicidad de las normas y la publicación de las escritas afirmábamos que desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico español no ofrece dudas que constituyen una exigencia constitucional (...)

5. *En el presente supuesto, la extradición a Francia se ha fundamentado en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (RCL 1982, 1450) como norma prioritaria de aplicación, por lo que, prima facie, y dado que la extradición se produce entre dos Estados signatarios del*

citado Convenio, cabe afirmar la existencia de un marco legal habilitante. No obstante, la controversia gira en torno a si, en concreto, el Convenio habilitaba la extradición en este tipo de supuestos, de entrega de nacionales entre España y Francia, a la vista de la reserva de Francia al Convenio en este punto (reserva al art. 6) y de las reglas de reciprocidad expresamente previstas en el propio Convenio (art. 26.3). En rigor, lo que se trata de dilucidar es si en relación con la entrega de nacionales entre España y Francia existía Convenio, lo que a su vez depende de si seguía existiendo la citada reserva y, en su caso, si su pérdida de eficacia, o la norma que se estimara que la comportaba, había sido publicada, lo que permitiría la aplicación por parte de los órganos judiciales de las cláusulas del tratado que en su día habían quedado sin vigencia por la reserva y que con tal publicación pasaban a formar parte del ordenamiento interno español. Debe recordarse en este punto, como lo hacíamos en el fundamento anterior con cita de la STC 141/1998 (RTC 1998, 141), que las reservas a un convenio, y consecuentemente su eliminación, forman parte del convenio mismo, pues delimitan su ámbito de aplicación, tal y como dispone el artículo 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 [a la que España se adhirió el 2 de mayo de 1972, siendo su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de 13 de junio de 1980 (RCL 1980, 1295)], y por tanto deben ser publicadas. Una publicación que además también resulta preceptiva a la luz del Derecho interno español, en el que el artículo 32 del Decreto 801/1972 (RCL 1972, 671) exige la publicación no sólo de las retiradas de las reservas, sino asimismo de cualquier «acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España».

La Audiencia Nacional considera que las modificaciones que el Estado francés ha efectuado en su legislación interna para adaptarla a la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio (LCEur 2002, 1985), relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, han dado lugar a la declaración francesa al Convenio Europeo de Extradición, registrada en la Secretaría General del Consejo de Europa el 18 de octubre de 2002, según la cual, desde el 12 de marzo de 2004 para París y el 13 de marzo para el resto de Francia, las disposiciones relativas a los mandamientos de detención europeos, cuando éstos puedan ser ejecutados, sustituirán a las disposiciones correspondientes del Convenio Europeo de Extradición. En su opinión, aquellas «modificaciones dejan sin efecto la reserva francesa al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Extradición, siendo ya aplicables en la actualidad, y con independencia de la fecha de la Orden Internacional de Detención, que en este caso es de 14 de mayo del año 2001».

Entienden así los Autos recurridos que existe base convencional para la extradición, puesto que, al menos en lo que se refiere a su relación con España, Francia ha dejado sin efecto la reserva al Convenio que impedía la extradición de nacionales entre ambos Estados, o al menos ha producido una transformación del sistema de extradición que supone la pérdida de eficacia de tal reserva. Tal sistema de extradición sustentado en las normas del Convenio europeo, y no el sistema de entrega configurado por la euroorden, es, subraya el Auto recurrido del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el que se aplica «en esta resolución». Dichas «normas extradicionales ... deben aplicarse en bloque sin que sea admisible la aplicación parcial de un texto legal que no es aplicable a este caso» (razonamiento jurídico 4). Antes de analizar si este razonamiento que concluye en la pérdida de eficacia de la reserva y en la apertura del Convenio a la extradición de nacionales entre España y Francia es válido desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y respetuoso con la garantía de legalidad extradicional, corresponde, como prius lógico, analizar si la norma o normas utilizadas para construirlo eran normas que, en cuanto pertenecientes al ordenamiento interno por estar oficialmente publicadas, configuraban el marco normativo en cuyo cumplimiento podían fundamentar los órganos judiciales su decisión de conceder la extradición.

La respuesta ha de ser negativa si el apoyo se sustentara en las modificaciones de la legislación procesal interna de Francia. Y no se altera de sostener la Audiencia que la falta de efectos de la reserva o su comunicación se contienen en la declaración francesa al Convenio Europeo de Extradición, registrada en la Secretaría General del Consejo de Europa el 18 de octubre de 2002, pues dicha declaración no había sido publicada en la fecha en que la Audiencia Nacional tomó la decisión de entrega: la publicación de la declaración francesa se realizó en el «Boletín Oficial del Estado» de 11 de mayo de 2005 y el Auto por el que se accede a la entrega lleva fecha 28 de enero de 2005. Tampoco cabe una respuesta distinta a la cuestión clave de la publicación si la Audiencia Nacional hubiera entendido que se ha producido una transformación transitoria del sistema extradicional equivalente a la supresión de la reserva, pues, de nuevo, tal transformación transitoria, no contenida en la Decisión Marco que da lugar a la euroorden, vendría apoyada en los Autos ahora recurridos en la legislación interna francesa o en la declaración citada, publicada en España con posterioridad a la decisión impugnada en amparo.

6. *En aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta (F. 4), hemos de concluir que la reseñada falta de publicación oficial en España en el momento de la decisión de extradición de las normas que se invocan para proceder a la misma (F. 5) ha supuesto la vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva [art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)] y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Con independencia ahora de toda consideración acerca de la interpretación de dichas normas, las mismas, por su falta de publicación en el momento de su aplicación, no podían fundar la extradición acordada, por lo que no puede entenderse que esta decisión colme las exigencias de tutela y de garantía de legalidad propias del procedimiento extradicional (...)*

[Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 292/2005 (Pleno), de 10 noviembre. Ponente: D.ª María Emilia Casas Baamonde.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, RTC 2005/292.

II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

2006-50

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Interpretación de normas internas por referencia a normas internacionales.

Fundamentos de Derecho

Duodécimo.—(...) Sin perjuicio de lo anterior, la materia atrae la atención no desde la perspectiva meramente competencial, sino la más concreta del principio de legalidad en el ámbito sancionador y las posibilidades de actuación municipal. Al respecto, procede recordar la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Constitucional en sentencias como la 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001, 132) (F. 5.º a 7.º) o más recientes como la sentencia 25/2004, de 26 de febrero (RTC 2004, 25) por cuanto a cierta flexibilización del principio de legalidad en el ámbito sancionador para el ámbito municipal. Resulta conveniente, en este sentido, recordar

la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 29 de septiembre de 2003. Recurso de Casación núm. 5167/1998 [RJ 2003, 6487]): (...)

Cuarto.—(...) Es de entender que la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, que debemos aplicar pues nos obliga como elemento que es de nuestro ordenamiento jurídico, constituye un importante instrumento de interpretación del principio de autonomía local que consagra la Constitución. El legislador español por otra parte se ha cuidado de desarrollar y garantizar esa autonomía local hasta el punto de que se ha modificado por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril (RCL 1999, 1006), la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre (RCL 1979, 2383), con objeto de hacer posible la defensa de la autonomía local.

No puede ocultársenos que ello significa que existe una tensión entre el principio de autonomía local interpretado a la luz de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 y la reserva de Ley que establece el artículo 25.1 de la Constitución para la tipificación de infracciones y sanciones. Pero entiende esta Sala que, no habiéndose planteado el Tribunal Constitucional un supuesto como el presente de competencias nucleares de los entes locales que llevan implícitas potestades de ordenamiento del uso del dominio (o eventualmente de organización de un servicio si es exclusivamente local), con fundamento en los artículos 55 y 59 del texto refundido de régimen local debe culminarse o extenderse a tales supuestos la tendencia de la propia jurisprudencia constitucional a flexibilizar el principio de reserva de Ley. Por tanto, la tensión antes indicada debe resolverse en virtud de una interpretación integradora de un modo favorable al principio de autonomía local, admitiendo la posibilidad de esa tipificación por Ordenanza. Una interpretación de este tipo no hace sino cumplir la finalidad que atribuye a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo el Título Preliminar del Código Civil (LEG 1889, 27) cuando en su artículo 1.6 dispone que completará el ordenamiento jurídico y en el artículo 3.1 que la interpretación a realizar se llevará a cabo de acuerdo con los antecedentes legislativos y la realidad social de los tiempos en que las normas deban aplicarse.

Ello significa que, para resolver el supuesto planteado hemos de considerar que las Ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por Ley estatal o autonómica. En cualquier caso al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las Leyes. Por lo demás la tipificación de que se habla no podrá hacerse por Ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público referido a las vías urbanas que ahora nos ocupa) o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o Comunidad Autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad. Ha de tratarse desde luego de sanciones de carácter pecuniario, aplicadas de acuerdo con el artículo 59 del texto refundido de régimen local. Por último es obvio que, tanto en la tipificación de sanciones como en el ejercicio de la potestad sancionadora, han de respetarse los principios que regulan la materia en nuestro ordenamiento, singularmente las de proporcionalidad y audiencia del interesado, y sin duda también ha de ponderarse la sanción a imponer en función de la gravedad del ilícito valorada según las características demográficas, económicas y sociales del municipio.

[Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 1486/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 22 de julio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Lorenzo Cotino Hueso.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2006/4545.

III. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2006-51

COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—Transposición de Directivas comunitarias en ámbitos competenciales autonómicos.

Fundamentos de Derecho

Tercero.—(...) Por otra parte, las Directivas son normas de resultado y un instrumento para armonizar las legislaciones de los Estados miembros, precisando de su transposición o integración en el Derecho interno, lo que corresponderá hacer a quien en cada Estado y en función de su propio sistema constitucional de distribución o reparto de competencias, sobre todo si es complejo como es el español, sea competente para legislar en la materia de que se trate.

En este sentido, ha de recordarse con la STC 236/1991, de 12 de diciembre (RTC 1991, 236), que «la traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que, de no procederse a su revisión por los cauces correspondientes (art. 95.1 de la Constitución), no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias; la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el artículo 9.1 de la Norma fundamental»

En el caso de España, y más en particular, en el de la Comunidad Autónoma gallega, a la vista de los preceptos que se dejaron reseñados, dado el carácter de propios de aquellos recursos, corresponde a la comunidad autónoma la competencia exclusiva para el establecimiento y regulación de los mismos, y por ello mismo, para la transposición de la normativa comunitaria en esa materia al derecho propio, pues ha de insistirse que la comunidad autónoma gallega tiene reconocida constitucionalmente autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias (art. 156 CE) y en concreto, la materia de sanidad es una de las que tiene asumidas (art. 148.1.21 CE. y art. 33.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia).

[Sentencia TSJ Galicia núm. 1784/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 30 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier D'Amorin Vieitez.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2006/605.

En este mismo sentido:

[Sentencia TSJ Galicia núm. 1348/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 28 de septiembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier D'Amorin Vieitez.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2006/137060.

[Sentencia TSJ Galicia núm. 1554/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 31 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier D'Amorin Vieitez.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2006/122375

IV. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

2006-52

CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS HABITANTES DE LOS TERRITORIOS NO AUTÓNOMOS. ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD.–Saharai. Nacionalidad española de origen. Denegación. No aplicación del artículo 18 del CC. Diferencia entre nacional español y súbdito de España.

Fundamentos de Derecho

II. *Los interesados en su comparecencia inicial de 24 de noviembre de 2003, solicitaban la declaración con valor de simple presunción de su nacionalidad española, al haber nacido en Mahbes (Comarca de Smara) en 1965 y 1968, respectivamente, y cumplir los requisitos establecidos por el artículo 18 del Código Civil. [...]*

IV. *En principio, a los nacidos en el territorio del Sahara cuando éste era posesión española no les beneficia el citado artículo 18 del Código porque no eran propiamente nacionales españoles, sino solo súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española, por más que de algunas disposiciones anteriores al abandono por España de ese territorio pudiera deducirse otra cosa. El principio apuntado es el que se desprende necesariamente de la Ley de 19 de noviembre de 1975 y del Real Decreto de 10 de agosto de 1976, porque sólo así cobra sentido que a los naturales del Sahara se les concediera en ciertas condiciones la oportunidad de optar a la nacionalidad española en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto.*

V. *[...] En el caso presente no se ha justificado que los padres del interesado, entonces menor de edad, residieran en el Sahara cuando estuvo en vigor el Real Decreto de 1976, de modo que quedaran imposibilitados de facto para optar en nombre de su hija a la nacionalidad española; los recurrentes se limitan a manifestar genéricamente y de forma poco precisa que tras la ocupación marroquí partió a los campos de refugiados del desierto del Sahara, sin aportar prueba alguna sobre tal extremo. Por lo demás, tampoco aportan prueba alguna sobre la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española, sin que a tal propósito sirva la aportación del antiguo DNI español del que fuera titular su madre, [...].*

[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado núm. 2/2005, de 7 de julio. En el mismo sentido vide. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de julio de 2005; y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado núm. 1/2005, de 11 de julio.]

F.: Aranzadi Westlaw.

V. **ÓRGANOS DEL ESTADO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES.
DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR**

2006-53

GOBIERNO.–EXTRADICIÓN PASIVA.–Las facultades de un gobierno en funciones.

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2

Fundamentos de Derecho

Segundo.—*Afirma la parte recurrente en su escrito fundamental de demanda que el Consejo de Ministros estaba formado en el momento en que se dictó el acuerdo para decidir la entrega el uno de abril de dos mil cuatro por un Gobierno en funciones, pues en los Reales Decretos 448 y 449/2004, de 15 de marzo, se había cesado a su Presidente y demás miembros del gabinete, los cuales continuarían en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Presidente y Gobierno.*

Y, en base a este hecho, no discutido en la litis sostiene la demandante que este acuerdo es nulo, «pues las competencias que el artículo 6 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo (RCL 1985, 697, 867), atribuyen al Consejo de Ministros constituyen una decisión política internacional, pues implican una deliberación sobre el fondo del asunto, en relación a cuestiones bilaterales con el país que reclama la extradición, ya que siendo la extradición un proceso incidental de un proceso sancionador debe aplicarse el principio non bis in idem».

La Abogacía del Estado discrepa de este planteamiento y, frente a la concisa argumentación de la parte demandante en aval de esta primera pretensión, analiza minuciosamente la competencia del Gobierno en funciones a la luz del artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2817), y las facultades que en orden a la extradición pasiva le atribuye el artículo 6.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, y llega a la conclusión de que se trata de una decisión propia de la gestión ordinaria de los asuntos de competencia del Gobierno enmarcada en la previa resolución judicial favorable a la jurisdicción penal y la cooperación jurídica internacional que expresa la aplicación en este caso del Convenio Europeo de Extradición (RCL 1982, 1450) y el Convenio del Acuerdo de Schengen (RCL 1991, 1911) (...).

Cuarto.—*Después del cese, la actividad gubernamental debe respetar una serie de restricciones. Aunque la Constitución (RCL 1978, 2836) no dice nada sobre sus posibles limitaciones, pues el artículo 101.2 señala que «el Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno», la práctica constitucional limitó su gestión a los asuntos de trámite.*

Hoy, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2817), en su título IV, trata de las competencias que corresponden al Gobierno en funciones y en su artículo 21, que desarrolla el artículo 101 de la Constitución, se completa y establece, según se constata del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, una serie de requisitos y limitaciones, en el entendimiento de tener un tratamiento coherente de lo que es la fiducia quebrada entre las Cortes Generales y un Gobierno en funciones y la no pervivencia de determinados órganos de control que permitan establecer un control estable.

El número 3 del citado artículo 21, de acuerdo con los principios establecidos en su exposición de motivos, precisa que «limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas», teniendo en cuenta que, como dice la exposición de motivos, «el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno». Es decir: La gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza. La aplicabilidad de esta norma al caso enjuiciado, nos conduce al mismo resultado que llegamos en orden a la interpretación del artículo 6.2 de la Ley 4/1985 (RCL 1985, 697, 867), pues ninguna de estas circunstancias o condiciones de urgencia o interés general expresamente acreditadas se produjeron en la adopción del acuerdo impugnado, en el que el Gobierno en funciones al adoptar una decisión respecto de la extradición pasiva solicitada, se extralimitó en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, al haberse excedido el Gobierno cesante de los

límites competenciales que le confiere el artículo 21.3 de la Ley 50/1997, en relación con el artículo 6.2 de la Ley 4/1985, procede anularlo en los justos términos en que fue dictado, lo que nos dispensa de analizar los demás motivos de impugnación aducidos por la demandante, así como los efectos que por tal declaración se pretenden en el petitorio de su escrito de demanda, que exceden del ámbito de este recurso.

Quinto.—De conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741), no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en este recurso.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª), de 20 de septiembre. Ponente: Sr. D. Enrique Lecumberri Martí.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2005/7502.

Nota: El interés de la sentencia objeto de la presente nota radica en la interpretación realizada por el Tribunal Supremo del alcance de las competencias de un gobierno en funciones a la hora de adoptar decisiones que pueden afectar a la política exterior. En efecto, el caso que ahora nos ocupa se deriva del recurso contencioso administrativo planteado por la representación procesal de D. Regina contra el acuerdo del Consejo de Ministros de uno de abril de dos mil cuatro por el que se autorizó su extradición a Italia. El acuerdo fue adoptado tras la publicación de los decretos 448 y 449/2004, de 15 de marzo (BOE núm. 65, 16 de marzo de 2004), mediante los cuales se produjo el cese del Presidente del Gobierno y de los miembros de su Gabinete.

Frente a la tesis del Abogado del Estado en el sentido de considerar la decisión de conceder la extradición como *una decisión propia de la gestión ordinaria de los asuntos de competencia del Gobierno enmarcada en la previa resolución judicial favorable a la jurisdicción penal y la cooperación internacional*, la posición del Tribunal Supremo ha sido muy clara: el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros es nulo de pleno derecho, por haberse excedido el Gobierno de los límites competenciales que le confiere la Ley. La sentencia se refiere en particular a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, sobre extradición pasiva —y más concretamente a lo dispuesto en su exposición de motivos y en el artículo 6—, y a la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre —artículo 21—. En particular, el artículo 6 de la Ley 4/1985 señala que la decisión de conceder o denegar la extradición la adopta el gobierno «en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses para España». Por otra parte, el párrafo 3.º del artículo 21 de la Ley 50/1997, relativo a las competencias que corresponden al Gobierno en funciones, señala que éste «limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas». Una interpretación conjunta de ambos textos lleva al Tribunal Supremo a considerar que «el Gobierno, al pronunciarse sobre la procedencia o no de la extradición pasiva ejercita siempre una facultad de valoración de los intereses nacionales que conlleva un juicio político que excede de la gestión ordinaria de los asuntos públicos, y priva al futuro Gobierno de una decisión política que en el ejercicio de su soberanía nacional le corresponde en orden a conceder o denegar la extradición pasiva» (Cfr. FJ 3.º *in fine*).

El interés de la sentencia va más allá del ámbito propio de la extradición para proyectarse en todas aquellas decisiones adoptadas por el Gobierno que conlleven un juicio político sobre los intereses del Estado en sus relaciones con terceros. De ahí que pueda concluirse, por ejemplo, la imposibilidad de un Gobierno en funciones de manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado, al menos los susceptibles de enmarcarse en el artículo 94.2 de la Constitución. Mayores dudas podría suscitar la manifestación del consentimiento respecto de aquellos

otros tratados en los que el Gobierno necesita «el aval» del Parlamento. Y es que podría darse el caso de que una vez que el Gobierno ha conseguido la aprobación por las Cortes de la Ley orgánica de autorización –en los tratados del artículo 93 de la Constitución–, o la autorización simple –en los del 94.1–, sin embargo, la manifestación del consentimiento deba formalizarse por un gobierno en funciones. En tal caso, el Gobierno se encontraría muy probablemente imposibilitado para obligarse por el tratado –aún contando con el aval de las Cortes Generales–, sobre todo si tenemos en cuenta que la autorización del Parlamento es eso, una autorización, y sin que ello implique una obligación del Gobierno de manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado en cuestión (Cfr. REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pp. 224-225). Por decirlo de otro modo, el gobierno sigue contando con pleno margen de discrecionalidad: podrá decidir manifestar su consentimiento en obligarse por el Tratado o no hacerlo, y tal decisión será adoptada una vez realizado un juicio político sobre los intereses del Estado en el caso, algo que, según ha concluido la sentencia del Tribunal Supremo, no está capacitado para efectuar un gobierno en funciones, salvo en casos de urgencia o de interés general, debidamente acreditados.

¿Y qué decir, por ejemplo, de los límites a la actuación de un gobierno en funciones en el seno de una Organización Internacional, cuya vida continúa, como es lógico, con independencia de la situación particular de los Estados? ¿Cuáles serían los límites, si existen, de la participación de España en un órgano trascendental como el Consejo de Seguridad en tales condiciones?, ¿y en el seno de la Unión Europea?

La práctica reciente nos ha ilustrado con algunos ejemplos la controvertida posición en la que se encuentra un gobierno en funciones en el lapso temporal que ha de transcurrir desde la celebración de las elecciones generales hasta la toma de posesión del nuevo Presidente en el concreto ámbito de la política exterior. Así, podríamos recordar la situación planteada entre la celebración de las últimas elecciones generales y el momento de la toma de posesión del Sr. Rodríguez Zapatero, situación que fue resuelta de un modo más o menos pacífico. En efecto, los medios de comunicación se hicieron eco de las reuniones celebradas entre la Ministra de Exteriores en funciones, la Sra. Ana Palacio y quien habría de asumir la Cartera de Exteriores, el Sr. Moratinos, por una parte, y entre el Presidente en funciones y el Sr. Rodríguez Zapatero, por otro, en el marco del normal traspaso de poderes, pero también con el propósito de preparar el Consejo Europeo; como resultado de tales conversaciones se acordó que en el caso poco probable de que en el Consejo Europeo se llegara a plantear la posibilidad de asumir compromisos concretos en relación con la Constitución Europea, el Sr. Aznar se abstendría (cfr. *El País*, 24 de marzo de 2004). A nuestro juicio, ese mismo criterio habría de adoptarse en un órgano como el Consejo de Seguridad en el caso de que la posición del gobierno saliente y el entrante no fuera coincidente. Parece lógico pensar que no puede exigírsele al gobierno en funciones defender en el seno del Consejo de Seguridad la posición del gobierno entrante, que en absoluto comparte, pero tampoco estaría legitimado políticamente para defender una posición manifiestamente contraria a la de quien ha sido legitimado por las urnas. En esas circunstancias la abstención parece la posición más adecuada con el fin de no comprometer al futuro gobierno.

Como decíamos en líneas anteriores, si bien hubo cuestiones en las que el traspaso de poderes se hizo armónicamente, en otras la polémica fue mayor, como ocurrió con el relevo de las tropas desplegadas en Irak, polémica que alcanzó su punto álgido cuando los 160 militares del nuevo contingente a punto de embarcar en el avión que les habría de trasladar a Irak, se vieron obligados a esperar durante algunas horas en el aeropuerto de Zaragoza hasta recibir la autorización definitiva para emprender viaje. Con independencia de las distintas lecturas a que dio lugar el capítulo en cuestión –negativa del PSOE a informar por escrito de su posición en torno al relevo de las tropas, o manipulación del Sr. Aznar, a quien ya se habría informado de la falta de oposición del PSOE al relevo en cuestión, sin perjuicio de la posición que el próxi-

mo gobierno adoptara sobre la presencia de las tropas en Irak— (cfr. los diarios publicados entre los días 25 y 30 de marzo de 2004), lo cierto es que no puede negarse que dadas las implicaciones políticas de tal decisión, había de adoptarse con el consenso de quien iba a ser el futuro Presidente, máxime cuando una de las promesas incluidas en su programa electoral había sido la retirada de las tropas españolas de Irak, decisión que adoptó inmediatamente después de tomar posesión (18 de abril de 2004)

Podría pensarse que nada de cuanto aquí se ha expuesto habría de plantearse en el caso de que como resultado de las elecciones generales nada augure un cambio de Gobierno. Es cierto que en ocasiones el abanico de posibilidades que abre el juego de las alianzas impide presagiar la composición final del mismo, en cuyo caso el gobierno en funciones debería adoptar decisiones relativas a la «gestión ordinaria de los asuntos públicos» dentro de los límites a los que nos acabamos de referir. Pero cuando la continuidad es clara, como ocurrió en los segundos mandatos tanto de Felipe González como del Sr. Aznar, pues vencieron en las elecciones generales por sendas mayorías absolutas, ¿es necesario adoptar medidas como las que venimos exponiendo? Es cierto que con independencia del resultado de las elecciones, jurídicamente sigue siendo un gobierno en funciones, y en este sentido la respuesta debe ser favorable al mantenimiento de los límites a la capacidad de decisión, aunque motivos de mínima coherencia política nos hagan pensar que es muy difícil que un gobierno liderado por el mismo candidato pueda dar un giro de 180.º en la dirección política del mismo, y muy particularmente en política exterior. Pero, también es posible que aunque permanezca el mismo partido en el gobierno, éste no sea liderado por la misma persona, en cuyo caso la línea del «sucesor» no tiene por qué ser necesariamente idéntica, luego tampoco debería verse condicionado por los actos realizados por el Gobierno en funciones. Las hipótesis son tantas que hemos de concluir que un gobierno en funciones, sea cual sea el resultado de las elecciones, se encuentra limitado en la dirección de su política exterior por todo cuanto hemos expuesto en la presente nota, porque así se exige tanto desde un punto de vista jurídico como político.

M.^a Dolores BOLLO AROCENA

2006-54

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

Fundamentos de Derecho

Primero.—(...) Sobre el tema, y ya centrando la cuestión, hay que tener en cuenta el artículo 22.3 de la Convención de Viena de 1961 (RCL 1968, 155, 641) —de relaciones diplomáticas— y el artículo 31.4 de la Convención de Viena de 1963 (RCL 1970, 395) —de relaciones consulares—, que establecen que la relatividad de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros se asienta en la distinción entre bienes destinados a actividades iure imperii y bienes destinados a actividades iure gestionis; mas, con independencia de este criterio, los bienes de las misiones diplomáticas y consulares son absolutamente inmunes a la ejecución, en virtud de los Convenios de Viena de 1961 y 1963.

Y ya en concreto, por ello hay que proclamar la inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, constituye la práctica internacional generalizada, de la que se deriva que la inmunidad de los Estados y de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares en materia de ejecución impide que la ejecución forzosa pueda dirigirse, dentro de los bienes que las misiones diplomáticas y consulares puedan tener en el Estado del foro, contra aquellas cuentas corrientes.

Y ello incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en lo que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades iure gestionis a las que puede no alcanzar la ratio de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares. Esta eventualidad de que una cuenta corriente destinada a asegurar el funcionamiento de la misión diplomática, y consular del Estado extranjero pueda ser utilizada también para fines comerciales no justifica la exclusión de esa inmunidad de ejecución, y consecuente inembargabilidad, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público.

De todo lo cual se desprende que la traba de bienes solicitada sería nula a tenor de lo dispuesto en el artículo 605.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

[Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 13 de junio de 2005. Ponente: D. Ignacio Sierra Gil De la Cuesta.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2005/7041.

VI. DERECHO DEL MAR

2006-55

PODERES DE LOS ESTADOS SOBRE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS.—Apresamiento buque en zona económica exclusiva.

Fundamentos de Derecho

Séptimo.—Articula el tercer motivo el recurrente por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por vulneración del artículo 17 del Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988 (RCL 1990, 2309) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la entrada y registro efectuada en el barco del recurrente. Denuncia la irregular forma en que fue realizado el abordaje a la embarcación «Che», por haber solicitado autorización verbal para el abordaje cuando debería haberse realizado de conformidad con los artículos 558 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el correspondiente auto autorizante de entrada y registro.

El objeto del recurso, tal y como lo ha planteado el recurrente, se centra en la determinación de si la forma en que se procedió al abordaje vulnera o no el derecho a la inviolabilidad del domicilio. La sala de instancia ha efectuado un adecuado deslinde entre el contenido del artículo 17 de la Convención de Viena de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y el derecho a la inviolabilidad del domicilio, garantizado en nuestra Constitución Española (RCL 1978, 2836) en su artículo 18.2 y así centra el objeto del primer precepto que aparece, claramente, enmarcado en el ámbito de las relaciones internacionales entre los distintos Estados. Éste impone para verificar el abordaje de una embarcación el conocimiento y autorización del Estado cuyo pabellón ostenta, por imposiciones del principio de territorialidad, que actúa como límite al ius punien-

di y a la investigación penal de los Estados distintos al del pabellón. Aunque como se afirma con acierto en la sentencia de instancia el artículo 17 debe ser considerado de manera integrada con el artículo 4 del mismo texto que autoriza estas actuaciones en caso de flagrancia delictiva apreciable. Pero además, y como ha documentado el Fiscal, en este caso la autorización para el abordaje se solicitó telefónicamente y se obtuvo y así se ha demostrado en el acto del juicio oral (f. 529 y siguientes), aparte de que en ningún momento las autoridades norteamericanas, en cuya colaboración se había realizado la investigación, opusieron impedimento alguno que hiciera dudar del respeto a los convenios internacionales en el proceder de las autoridades españolas.

El abordaje e inspección del vehículo no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio debido a que esta actuación se verificó en ámbitos que no constituyen objeto de protección, centrándose en la parte externa del barco (cubierta-bañera del yate) no destinada a uso habitación [STC 21/1997, 10 de febrero (RTC 1997, 21) y STS 624/2002, de 10 de abril (RJ 2002, 6311), STS 1200/1998, de 9 de octubre (RJ 1998, 8287)].

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 27 de octubre de 2005. Ponente: Sr. D. Enrique Cancer Lalanne.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/50.

2006-56

Fundamentos de Derecho

Primero.—(...) Hemos de comenzar afirmando que, en un primer momento y en alta mar, contra lo que en algún Recurso se afirma, no se produjo, en realidad, registro alguno, en el sentido técnico jurídico que obligaría a adoptar los mecanismos legales exigibles en tutela de los derechos fundamentales de los individuos afectados por el procedimiento.

En efecto. La diligencia llevada a cabo por los miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera consistió, exclusivamente, en abordar el barco en el que la droga se hallaba depositada en su castillo de proa, a la vista, aprehender ésta y remolcar el navío hasta puerto, lugar en el que sí que se procedió a un registro exhaustivo de su interior, pero ya con estricto cumplimiento de los requisitos legales para ello, incluyendo la preceptiva autorización judicial, en forma que nadie discute en cuanto a su ortodoxia procesal.

En ningún momento se penetró, en aquella diligencia inicial, en los camarotes u otras zonas reservadas de la embarcación, protegidas por el derecho a la inviolabilidad domiciliar, vinculada a la intimidad de los navegantes.

Por ello, ha de proclamarse desde este momento previo la inexistencia de vulneración del derecho fundamental de referencia, en el hallazgo y ocupación de las casi dos toneladas de cocaína, pues ni era necesaria la autorización judicial previa para esa actuación, ni resulta relevante la discusión acerca de la existencia de un supuesto de flagrancia delictiva, como justificante de aquélla, como pretenden plantear también algunos de los recurrentes.

Tal conclusión respecto de la licitud en la obtención de la prueba capital para el enjuiciamiento no se ve tampoco alterada por el hecho de la existencia, o no, del permiso por parte de las Autoridades de Togo, nación de abanderamiento del buque, para realizar el referido abordaje.

Como el Ministerio Fiscal alega en su escrito de impugnación de los Recursos, con indudable acierto, tal intervención del Estado que ejerce la soberanía sobre la embarcación en aguas internacionales, remite a las normas que regulan las relaciones entre las respectivas naciones, de acuerdo con lo dispuesto en Convenios tales como el de las Naciones Unidas en

Viena de 20 de diciembre de 1988 (RCL 1990, 2309), o el de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (RCL 1997, 345), pero, en modo alguno, su finalidad es la protección o tutela de derechos fundamentales de carácter personal, de cuya infracción, según nuestro ordenamiento y en concreto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), hubiera de derivarse nulidad probatoria alguna.

Por tanto, se trataría, en todo caso, de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocésal de las pruebas obtenidas.

Y ello al margen de la polémica referente a la concurrencia, en el presente caso, de la válida autorización previa del Gobierno de Togo que, de forma verbal puesto que los Tratados no exigen en ningún momento la formulación escrita de la misma, sí que fue prestada, según comunicación transmitida por la representación diplomática de Francia, que intervino como intermediaria al no haberse podido localizar inicialmente al representante de Togo, de acuerdo tanto con la prueba testifical que tal extremo afirma, como con la documental obrante al folio 163 de las actuaciones, en la que se confirma, «a posteriori», tal existencia.

Debiendo añadirse, en tal sentido, que otros supuestos defectos señalados por los recurrentes en ese documento, como la ausencia de la suficiente identificación del autor o de la ratificación personal de su validez, no sólo son intrascendentes a los fines de este enjuiciamiento, sino que en modo alguno desvirtúan la convicción del Tribunal de instancia acerca de la real existencia de aquella autorización verbal previa, basada, como ya hemos dicho, en las declaraciones testificales prestadas por quienes intervinieron en su tramitación, sin que existan motivos para dudar de la credibilidad de semejantes testimonios.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1020/2005, de 19 de septiembre. Ponente: D. J. M. Maza Martín.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2005/7580.

VII. ASILO Y REFUGIO

2006-57

ASILO.–RECONOCIMIENTO: Los hechos relevantes a la hora de resolver sobre la concesión del asilo son los existentes al tiempo en que la solicitud se formula.

Fundamentos de Derecho

Tercero.–Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1998, 1741), alega la parte recurrente, como único motivo de casación, que la sentencia de instancia ha infringido los artículos 3.1 y 8 de la Ley de Asilo 5/1984 (RCL 1984, 843), en relación con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 28 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6945), 19 de enero de 1988 (RJ 1988, 287), 6 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3677) y 19 de abril de 1994 (RJ 1994, 5302). Transcribe el recurrente los preceptos de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843) que entiende vulnerados, para añadir a continuación que la normativa de asilo obliga a la Administración a resolver los expedientes en el plazo de seis meses, plazo que en el caso concernido se sobrepasó ampliamente. Dicho esto, insiste en que la resolución del expediente debería haberse hecho teniendo en cuenta el estado de cosas existente al tiempo de la solicitud de asilo y no al tiempo de dicha resolución, pues de otro modo el retraso

en la tramitación del expediente jugaría en perjuicio del solicitante, al que dicho retraso no es imputable.

Cuarto.—El motivo debe ser estimado. La sentencia de instancia parece apreciar que al tiempo de presentarse la solicitud de asilo, la gravedad del conflicto bélico existente en la zona de origen del solicitante, unida a sus circunstancias personales, hubieran justificado la concesión del asilo. Empero, confirma la legalidad de la denegación atendiendo al dato de que cuando el expediente se resolvió —pasados dos años desde la solicitud— dicho país se encontraba en un proceso de pacificación salvaguardado y tutelado por las organizaciones internacionales; concluyendo, así, la Sala de instancia, en sintonía con la resolución administrativa impugnada, que los hechos causalizadores de la petición de asilo habían perdido vigencia. Ahora bien, el argumento no puede aceptarse, porque los hechos que han de ser tomados en consideración a la hora de resolver sobre la concesión del asilo son los existentes al tiempo en que la solicitud se formula. De otro modo, podría abrirse la puerta a una desnaturalización fraudulenta de la institución que condujera a su pérdida de operatividad, pues bastaría dilatar en el tiempo la tramitación y resolución del expediente, a la espera de un futuro cambio de circunstancias en el país de origen del solicitante, para frustrar su finalidad protectora.

Atendiendo, pues, a las circunstancias concurrentes en el momento en que el actor presentó su solicitud de asilo, caracterizadas por una situación de grave riesgo para los albanokosovares residentes en la zona de Kosovo, derivada de los conflictos étnicos acaecidos en dicha zona, puede concluirse que concurren en el actor los requisitos exigidos para el reconocimiento de la condición de refugiado, y así lo entendieron, implícitamente, tanto la Administración como la Sala de instancia, que vinieron a reconocer que el relato del interesado expresaba una persecución protegible, por causas étnicas y políticas, por más que desestimaran su pretensión con base en unos argumentos que esta Sala no comparte, por las razones que acabamos de apuntar. Procede, en consecuencia, declarar haber lugar al recurso de casación, revocar la sentencia impugnada y, resolviendo la cuestión tal como está planteada [art. 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (RCL 1998, 1741)], estimar el recurso Contencioso-Administrativo y reconocer el derecho del demandante al asilo solicitado.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 9 de diciembre de 2005. Ponente: Sr. D. Enrique Cancero Lalanne.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/68.

Nota: La sentencia objeto de la presente nota aporta un criterio de notable interés para la resolución de los expedientes de solicitud de asilo, como es el establecimiento del momento a tener en cuenta a los efectos de determinar la existencia de la causa por la que se puede llegar a reconocer el derecho de asilo. El hoy recurrente, nacional yugoslavo, de origen albanokosovar y residente en Kosovo antes de abandonar el territorio, presentó el día 24 de junio de 1998 la solicitud de asilo ante las autoridades españolas, alegando que era objeto de persecución en su país. Admitida a trámite la solicitud, transcurrieron casi dos años hasta que fue entrevistado por primera vez a los efectos de instruir el expediente. La Resolución adoptada por el Ministerio de Interior el 6 de septiembre de 2000 denegó el derecho de asilo del solicitante, pues los motivos que originaron el temor de ser perseguido, implícitamente reconocidos en la resolución, habían perdido su vigencia y no existía otra razón por la que reconocer el derecho de asilo. No obstante, la resolución del Ministerio de Interior reconoció el derecho del recurrente a la permanencia en España por razones humanitarias: según las directrices de ACNUR no era recomendable el retorno a Kosovo de todas las personas que habían huido como consecuencia de la guerra por considerar que la situación en Kosovo seguía haciendo difícil la vida en el territorio.

La decisión fue recurrida por el actor alegando que la Administración no puede dejar en suspenso la tramitación de un expediente durante dos años para alegar más tarde que no concurren ya las causas que motivaron su solicitud, causas que, según se desprende de la propia decisión del Ministerio de Interior, concurrían en el momento de formularse la solicitud. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo es contundente: «los hechos que han de ser tomados en consideración a la hora de resolver sobre la concesión del asilo son los existentes al tiempo en que la solicitud se formula. De otro modo, podría abrirse la puerta a una desnaturalización fraudulenta de la institución que condujera a su pérdida de operatividad, pues bastaría dilatar en el tiempo la tramitación y resolución del expediente, a la espera de un futuro cambio de circunstancias en el país de origen del solicitante, para frustrar su finalidad protectora» (cfr. FJ 4.º). A partir de ahí, la sentencia reconoce el derecho de asilo del recurrente, víctima de una persecución protegible por motivos étnicos y políticos, dada la situación de los albanokosovares en Kosovo en el momento en que el recurrente instó la solicitud de asilo.

M.^a Dolores BOLLO AROCENA

2006-58

ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución por motivos políticos: violencia y maltrato del cónyuge por razones políticas.

Fundamentos de Derecho

Tercero.-El recurso de casación consta de un solo motivo, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998, 1741), en el que se denuncia la infracción de los artículos 3 y 22 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843). Expone la recurrente que los requisitos exigidos en dicha Ley para la concesión del asilo encajan perfectamente en su caso, como se desprende de la documentación que adjuntó a su solicitud, que constituye un indicio suficiente de la persecución que ha sufrido por causa de su militancia en un Partido Político. (Subsidiariamente, aduce que hay razones humanitarias que avalan su petición de que se le permita permanecer en España, de acuerdo con la posibilidad legal prevista en el artículo 17.2 de la propia Ley de Asilo).

Este motivo debe ser estimado.

Del relato de la Sra. Amparo (antes transcrito), se deduce de forma clara que la violencia de la que es víctima por parte de su marido no es un suceso más de violencia doméstica, sino que tiene raíces políticas. En su relato dijo que «su marido es del P.D.G. y en 1993 se enteró de que la solicitante era del Partido del Progreso y comenzó a maltratarla», así que ninguna duda cabe de que los maltratos nacieron a causa de las ideas políticas de la actora, configurando así una persecución protegible mediante la institución del asilo, según el artículo 3.1 de la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), en relación con el art. 1.ºA.2) del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464). Y, frente a ello, carece de relevancia el dato de que el marido de la solicitante sea o no un alto cargo del Gobierno Guineano, porque aunque no lo sea (y en este sentido ha informado la Embajada de España en Malabo, folio 3.8 del expediente administrativo), puede someter a su mujer a vejaciones y malos tratos, de los que, siendo él afiliado al partido del Gobierno, es presumible que tenga ella difícil defensa (la violencia ha llegado a tal extremo que él mandó a gente a que acuchillara a la hermana de la actora, en cuya casa ésta se había refugiado, lo que da muestras de la violencia de los golpes y maltratos). Así pues, la estimación de este motivo conduce a la declaración de haber lugar al recurso de casación, a la esti-

mación del recurso Contencioso-Administrativo y al reconocimiento del derecho de la actora al asilo en España.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 11 de octubre de 2005. Ponente: Sr. D. José Yagüe Gil.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/8239.

2006-59

ASILO.-RECONOCIMIENTO: persecución por motivos políticos en Cuba.

Fundamentos de Derecho

Quinto.-(...) D).-El informe de la propia Instructora del expediente, que, a pesar de su extensión, conviene transcribir en su totalidad. Dice así:

«Tras la aportación de nuevas pruebas para la revisión del expediente, así como la entrevista sostenida con los interesados, esta Instrucción sigue manteniendo el criterio de que los solicitantes no pueden volver a Cuba ni ponerse en contacto con las autoridades de su país. Del estudio del expediente se desprenden suficientes indicios de veracidad de lo alegado por los solicitantes en relación con los problemas que tuvieron con las autoridades cubanas mientras desempeñaban sus trabajos como médicos en Zambia y Zimbabwe. Lo que se trataría de delimitar es hasta qué punto unos problemas que comenzaron teniendo un carácter puramente laboral y personal, acabaron adquiriendo un matiz de tinte político que hiciera que el presente caso fuera susceptible de generar la protección que supone el asilo.

Como ya se ha indicado, los problemas habidos fueron muy similares a los de otros muchos casos de médicos cubanos desempeñando sus tareas en países extranjeros. Generalmente en casos similares, desde esta Instrucción se ha venido proponiendo el criterio de permitir la permanencia en España por Razones Humanitarias y la no devolución, ante el peligro de que les fuera aplicado el artículo 135 del Código Penal cubano. Tal fue el criterio de esta Instrucción en el primer estudio de la presente solicitud, aunque la CIAR finalmente propuso solamente la no devolución.

A la vista de las nuevas pruebas aportadas y de las alegaciones realizadas durante la entrevista, en la cual los solicitantes se muestran bastante concretos y coherentes, se desprende que las actuaciones de las autoridades cubanas contra ellos fueron evolucionando de forma ascendente hasta generar un hostigamiento desproporcionado en relación con lo que fue la problemática inicial. No existe prueba documental al respecto, pero el solicitante afirma que su problema se había convertido en algo de tintes políticos (como efectivamente le comunicó el director del último centro en el que trabajó) desde que la Embajada cubana amenazó con la ruptura de relaciones con el gobierno de Zimbabwe si le era renovado el contrato al solicitante (pese a que la sentencia de la Corte fue a favor del solicitante). Por una parte, las autoridades cubanas tendrían un interés particular en aplicar acciones ejemplarizantes contra los solicitantes desde el momento en que se vieron obligados a pagar los sueldos íntegros de los médicos en Zimbabwe tras la sentencia mencionada. A lo anterior hemos de añadir la tendencia de las autoridades cubanas a politizar cualquier circunstancia que a priori no tiene dicho matiz. Puede apreciarse en alguna de la documentación que se aporta al expediente, los intentos por parte del Gobierno cubano de localizar y de presionar a los solicitantes a través de las autoridades de Zimbabwe (baste como ejemplo el escrito por el cual solicitan no le sea renovado su contrato). Esta actuación motivó el temor por parte de los solicitantes que nos ocupan

a permanecer en calidad de residentes en aquel país, pues llegado un momento determinado, no confiaban en que pudieran encontrar suficiente estabilidad y seguridad allí (con relación a su protección frente al problema planteado con la Embajada cubana). Pese a que como se comentaba más arriba, no existen pruebas relativas a la amenaza de ruptura de relaciones por parte de la Embajada cubana, sí que podrían considerarse indicios suficientes relativos a las presiones que el gobierno cubano podría estar ejerciendo frente al de Zimbabwe con el objetivo de «echarle mano» a los solicitantes, contra los que sí habría un interés personal y concreto con fines cuando menos ejemplarizantes. Actualmente los solicitantes manifiestan que hay dos médicos detenidos por aquel gobierno bajo instrucciones del gobierno cubano, aunque reconocen no conocer los motivos por los que han sido detenidos

Visto lo anterior, a la vista de las alegaciones y pruebas del expediente y de los informes de apoyo que constan en el mismo, esta Instrucción considera que cuando menos existen indicios de motivación política (aunque la misma no existiera como tal en los orígenes del problema) en la persecución que actualmente el gobierno cubano estaría ejerciendo contra los solicitantes, por lo que se emite un criterio FAVORABLE con relación a la presente solicitud».

Sexto.—La sentencia de instancia no contiene (ni explícita ni implícitamente) una mención de los hechos que considera probados, y este Tribunal, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (RCL 1998, 1741), integra los hechos con los derivados de las pruebas documentales e informes que hemos dejado transcritos literalmente más arriba. Y de ellos se deduce sin ningún género de dudas que existen indicios suficientes para concluir que los solicitantes de asilo sufren un temor a ser perseguidos por el Estado de su país de origen, por causas políticas. Se trata entonces de una persecución protegible a través del asilo, según lo que disponen los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843) (en su modalidad de persecución social), preceptos que, en efecto, han sido infringidos por la resolución ahora impugnada y por la sentencia que la confirmó. Procede, en consecuencia, declarar haber lugar al recurso de casación, revocar la sentencia impugnada y, resolviendo la cuestión tal como está planteada [artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (RCL 1998, 1741)], estimar el recurso Contencioso-Administrativo y reconocer el derecho de los demandantes al asilo solicitado.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 2 de septiembre de 2005. Ponente: Sr. D. José Yagüe Gil.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/1540.

2006-60

ASILO.—RECONOCIMIENTO: persecución por motivos políticos en Colombia.

Fundamentos de Derecho

Primero.—Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) dictó en fecha 21 de marzo de 2002 por la cual se desestimó el recurso Contencioso-Administrativo núm. 929/01 formulado por D. Evaristo, ciudadano de Colombia, contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 13 de febrero de 2001 que le denegó el derecho de asilo en España.

Segundo.—La Sala de instancia desestimó el recurso Contencioso-Administrativo, razonando en substancia lo siguiente:

«A la vista de la normativa legal y doctrina jurisprudencia expuesta, valorando las circunstancias concurrentes en el presente caso, la Sala estima que el recurso ha de ser desesti-

mado, pues del expediente administrativo no se desprende que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico u opiniones o actividades políticas, o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento del derecho, teniendo en cuenta que no ha resultado acreditado que el asesinato de su suegra obedeciera a alguno de dichos motivos. Por otro lado, no existe tampoco dato alguno que indique que los paramilitares hubieran amenazado o estuvieran buscando al recurrente por todo el país, ya que contra su persona nunca hubo amenaza alguna que haga sospechar que es objetivo de los mismos, ya que se trata de un piloto comercial que, en principio, no supone un objetivo de interés o peligroso para ellos, tal y como se pone de manifiesto en el Informe de la Instrucción.» (...)

Quinto.—El artículo 8 de la Ley de Asilo 5/1984 (RCL 1984, 843) dispone que «para que se resuelva favorablemente la solicitud de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple los requisitos a que se refiere el núm. 1 del artículo 3».

Y de los hechos que el solicitante expuso en su solicitud se deducen indicios suficientes de la persecución alegada (...)

Sexto.—De los hechos fundamentales de este relato (v.g. la muerte violenta de D.^a Rosa, declaración del interesado ante la Personaría de Santa Fe de Bogotá, condición de desplazado, etc.) existe suficiente prueba documental con el expediente administrativo. Y la Sala de instancia no niega la realidad de estos hechos. Es en la interpretación de los mismos donde la Audiencia Nacional no ve una persecución protegible, cuyos indicios suficientes, por el contrario sí observa esta Sala de casación. La razón de esa persecución es netamente política, aunque se base en suposiciones de los perseguidores sobre un alegado apoyo a grupos subversivos de signo contrario, o en el hecho de no pagar lo que estos grupos exigen, y, en consecuencia, nos encontramos ante un temor fundado protegible mediante la institución del asilo [art. 1.1.A del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464)]. Se trata de una situación que a cualquier persona normal produce espanto y desasosiego, con una total alteración de la vida personal y familiar, ante la que el ordenamiento jurídico español no puede dejar de actuar aplicando las normas que regulan el derecho de asilo, cuya concesión procede.

2006-61

ASILO.—ADMISIÓN A TRÁMITE: Alcance de la persecución por motivos políticos: calificación como posible persecución política la represión desmedida como consecuencia de una mera protesta del solicitante contra una concreta actuación administrativa.

Fundamentos de Derecho

Tercero.—(...) El Alto Comisionado para los refugiados de las Naciones Unidas (ACNUR) en España, con fecha 11 de septiembre de 2003, informó con relación a la solicitud de asilo del recurrente su no discrepancia con la propuesta de su inadmisión a trámite (fs. 3.2 a 3.5).

Pues bien, aplicada la Doctrina arriba expuesta al citado relato de persecución, sólo cabe llegar a la conclusión de que la aplicación de la letra b) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo, al presente caso no se ha ajustado plenamente a Derecho, porque esas alegaciones se pueden incardinar perfectamente en las causas previstas tanto por la Convención de Ginebra de 1951 como en esa Ley nacional para poder obtener el derecho de asilo y el estatuto del refugiado. Ese relato se refiere de forma indubitada a una persecución personal de carácter político o ideológico contra el recurrente, pues cuando se le quema la

casa y se lleva a su mujer la policía de su país es, siempre siguiendo dicho relato, como represalia porque ha protestado contra el hecho de que le revocaron una licencia y los gastos que ello le había supuesto. Obviamente, esa persecución tiene esas características de ser política porque su razón de ser es reprimir una protesta puramente pacífica y normal que hace un ciudadano porque cree que una actuación administrativa no es justa y le ha causado daños. Ese tipo de persecución amparado por la Convención de Ginebra no se puede restringir sólo a meras ideas políticas en su sentido estricto de pertenencia a un partido o formación política o de participar de alguna idea, sino también a este caso de reprimir de esa desmedida manera una mera protesta contra una concreta actuación administrativa.

Por otro lado, además de que la persecución procedió de las autoridades del país de origen, se dirigió contra el recurrente, concretamente contra su casa y su esposa, causándole ese temor fundado que le obligó a huir de su país. Todo ello, se ha de recalcar, según el relato de persecución invocado, sin que en este momento procesal se tenga que valorar su veracidad, lo cual corresponde a la fase posterior a decidir sobre la admisión a trámite de esa solicitud. En resumidas cuentas, las alegaciones en que la demandante fundamenta su pretensión se encuentran incluidas en los motivos de persecución que, en cuanto contenidos en el artículo 1.A.2) de la Convención de Ginebra de 29 de julio de 1951 (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas), permitirían la referida admisión de su solicitud, por lo que la resolución administrativa impugnada no es conforme a Derecho.

[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 20 de julio de 2005. Ponente: Sr. D. José Arturo Fernández García.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2005/237534.

2006-62

ASILO.—ADMISIÓN A TRÁMITE: Persecución por motivos religiosos: por negarse a la práctica del aborto en Cuba.

Fundamentos de Derecho

Quinto.—(...) Como la recurrente apunta, lo decidido por el Ministerio del Interior, y enjuiciado por la Sala de instancia en su sentencia, fue la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo, acordada por aplicación de la causa o motivo de inadmisión prevista en el artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843), consistente en «que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado». Pues bien, en este caso existe infracción del citado artículo 5.6.b), ya que los hechos relatados por la interesada describen una persecución protegible, aunque después, en la tramitación del expediente administrativo, acaso se revelen como inciertos.

En efecto, la ahora recurrente en casación, médico, alegó ser católica practicante, motivo éste por el que había sido perjudicada en sus estudios universitarios y hostigada por el régimen cubano, y añadió que en Cuba los médicos se ven obligados a practicar abortos, a lo que ella se niega por coherencia con su fe religiosa; viéndose por ello frustradas sus aspiraciones profesionales. A través de este relato se invoca, pues, una persecución por motivos religiosos, que, en principio, puede revestir carácter protegible a través de la institución del asilo, y no puede calificarse apriorísticamente de manifiestamente falsa o inverosímil; estando, por tanto, justificado que se admita a trámite su solicitud y se le permita la oportunidad de acreditar y probar sus alegaciones en el curso del expediente.

Desde luego, de las alegaciones formuladas se podrá dudar, y para que conduzcan al éxito de la petición requerirán la prueba adecuada, pero ha de insistirse en que no cabe inadmitir a trámite esa petición, con el único argumento de que no se ha alegado ninguna causa de asilo, cuando se ha aducido una persecución por motivos religiosos.

En consecuencia, tanto la Administración como la Sala de instancia aplicaron indebidamente el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984, y procede, por lo tanto, declarar haber lugar a la estimación de este motivo y estimar el recurso Contencioso-Administrativo, anular la resolución impugnada y declarar el derecho de la actora a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 22 de diciembre de 2005. Ponente: Sr. D. José Yagüe Gil.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/1335.

2006-63

ASILO.-ADMISIÓN A TRÁMITE: Persecución continua y sistemática realizada por la madre del recurrente y por el grupo terrorista al que aquélla pertenece.

Fundamentos de Derecho

Cuarto.-Este motivo debe ser estimado, ya que de los relatos que hizo el actor al pedir el asilo y al pedir el reexamen, se deduce en principio una persecución continua y sistemática realizada por su madre (y del grupo terrorista a que ésta al parecer pertenece), con intento de secuestro incluido, a fin de lograr que D. Francisco acceda a integrarse en ese grupo terrorista, lo que le produce el consiguiente temor, acrecentado sin duda por el parentesco próximo de quien lo auspicia.

Y ello es suficiente al menos para que la solicitud sea admitida a trámite, y se investigue en el procedimiento administrativo si concurren los requisitos para poder otorgar el asilo.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 14 de diciembre de 2005. Ponente: Sr. D. José Yagüe Gil.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/4191.

2006-64

ASILO.-DENEGACIÓN: Existencia de dudas sobre la nacionalidad del solicitante.

Fundamentos de Derecho

Primero.-Se impugna en este recurso de casación 1461/2003 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó en fecha de 25 de octubre de 2002, en su recurso Contencioso-Administrativo 883/00 (JUR 2003, 25501), por medio de la cual se desestimó el formulado por Doña Frida, contra la Resolución del Ministerio del Interior, de fecha 4 de julio de 2000, por la que se le deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

La resolución administrativa funda la denegación del asilo en que la solicitante ha formulado su solicitud alegando una nacionalidad sobre cuya autenticidad, a la vista del conjunto

de informaciones recogidas en el expediente, puede razonablemente dudarse, pudiendo deducirse del conjunto del expediente que tal comportamiento tiene como objetivo principal dificultar la valoración de sus alegaciones o dotar de verosimilitud a unas alegaciones de persecución que no se corresponderían con la auténtica nacionalidad del solicitante. La solicitante basa su solicitud en la situación de guerra civil o conflicto interno generalizado existente en el país de origen, sin que del contenido del expediente se deduzca que haya sido objeto de una persecución personal como consecuencia de esta situación ni que, de acuerdo con la información disponible sobre su país de origen, tal situación justifique, en las circunstancias personales del solicitante un temor fundado de sufrirla. Por lo anterior no se aprecia existencia de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas que permitan reconocer la condición de refugiado, tal y como exige el artículo 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464), sobre el Estatuto de los Refugiados a los que se remite el artículo 3 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843). Por otra parte no se desprenden razones humanitarias o de interés público para autorizar la permanencia en España al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

Hasta aquí las razones que la Administración dio en la resolución impugnada.

Y la Sala de instancia confirmó esa resolución desestimando el recurso Contencioso-Administrativo. (...)

Quinto.—También alega la parte recurrente la infracción del artículo 17.2 de la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843). Y este motivo debe ser desestimado, porque partiendo la Sala de instancia del hecho de que la actora no ha acreditado debidamente su nacionalidad, de suyo va que quedan en el aire incluso las razones humanitarias que habrían de aplicarse.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 10 de noviembre de 2005. Ponente: Sr. D. José Yagüe Gil.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2005/7771.

2006-65

ASILO.—DENEGACIÓN: Comisión de un grave delito común por el solicitante de asilo.

Fundamentos de Derecho

Tercero.—A los folios 2.10 y 2.11 del expediente aparece el informe emitido por la Instructora del expediente, que indica textualmente: «Las alegaciones de persecución formuladas por el solicitante no pueden ser consideradas fundadas, ya que basa su petición de asilo en el hecho de haber sido víctima de una trampa, consistente en la introducción de droga en su equipaje sin su conocimiento, para así ser detenido en España y librarse el régimen de su país de su persona». Resultando que los hechos alegados por el solicitante como constitutivos de la persecución sufrida (trampa consistente en la introducción de droga en su equipaje sin su conocimiento), son los mismos que éste alegó en su defensa en el juicio seguido en España, al ser detenido en el aeropuerto de Barajas, procedente de Pakistán, con una maleta que contenía 14.753 gramos de heroína. Estimándose en la Sentencia como HECHOS PROBADOS que «el interesado tenía conocimiento de la sustancia que portaba», y siendo, por tanto condenado en concepto de autor de un delito contra la salud pública, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión y multa de 225 millones de pesetas, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante la condena, pago de costas y comiso de la sustancia y efectos intervenidos. (ver

sentencia número 489/2000 de 28 de septiembre de 2000. De la Audiencia Provincial. Sección Segunda, Madrid, que se adjunta al expediente de Instrucción)

Pero además de lo anterior, que por sí solo sería concluyente, es que a pesar del carácter opositor a su gobierno, que el solicitante se atribuye a sí mismo desde el año 1992, a partir del año 1994 participa en el gobierno de su país, ocupando los puestos de Secretario de Estado de Información, Coordinador General de la Comisión de Información Política (como una Subsecretaria de Estado) y, finalmente, Ministro de Información; estando, además, en posesión de un Pasaporte Diplomático, expedido el 10 de enero de 1997, válido hasta el 9 de enero del 2001. Por lo que, si el presidente de su país hubiese querido «deshacerse» del interesado, a causa de ese supuesto carácter opositor, no hubiese tenido más que destituirle y no volver a nombrarle para que ocupase cargo alguno.

Por todo lo cual, la Instrucción informa desfavorablemente la concesión de asilo solicitado, en aplicación del artículo 3.2 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y del Reconocimiento de la Condición de Refugiado, que establece que «No se concederá asilo a quienes se encuentren comprendidos en alguno de los supuestos previstos en los artículos 1.F y 33.2 de la Convención de Ginebra de 1951». Estimando que el solicitante se encuentra comprendido en ambos artículos, siéndole de aplicación la letra b) del mencionado artículo 1.F, puesto que el delito por el que ha sido juzgado y condenado en España, se inició en Pakistán cuando el interesado salió de aquel país con una maleta que contenía 14.753 gramos de heroína, introduciéndola posteriormente en nuestro país, así como el párrafo 2 del referido artículo 33, al haber sido éste objeto de una condena (que cumple en la actualidad) por un delito contra la salud pública, constituyendo así una amenaza para la comunidad de este país».

Sexto.—Si bien, como mantiene D. José Pablo, la solicitud que presenta no tiene como argumento principal haber sido objeto de una trampa consistente en la introducción de droga, sino en el temor a represalias por la actividad política que ha desarrollado, es lo cierto que la comisión del delito resulta relevante por cuanto el rechazo a la solicitud de asilo se basa precisamente en la autoría de aquel delito, y por esta razón la Sala ha examinado detenidamente el contenido de la sentencia penal que obra a los folios 2.17 a 2.29 del expediente. Los hechos probados de la misma recogen la introducción en España el día 6 de julio de 1997, a su regreso de Pakistán, de 14.753 gramos de heroína con una pureza media del 71 por 100, teniendo conocimiento D. José Pablo de la sustancia que portaba y que sería entregada a un iraní, que se encargaría de su comercialización.

Aunque los hechos probados vinculan a esta Sala, que obviamente no puede revisar la sentencia, es lo cierto que la lectura de la fundamentación jurídica pone de manifiesto un pormenorizado análisis de los hechos que han conducido al fallo condenatorio.

Partiendo de esta sentencia, la aplicación de la normativa que recoge el Fundamento tercero de la resolución impugnada, dimanante del titular del Departamento de Interior, y su conclusión desestimatoria de la pretensión resulta conforme a derecho por lo que procede la confirmación, ya que, frente a lo indicado por la parte, estamos ante una persona que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; «gravedad» del delito que la Sala estima incuestionable, lo que hace aplicable la previsión del artículo 3.2 de la Ley 5/1984, en su redacción por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª), de 28 de septiembre de 2005]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2005/7771.

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2

2006-66

ASILO.—AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS: Matrimonio de edad avanzada procedente de zona sometida a graves conflictos, cuyos hijos son residentes legales en España, unido a «elementales consideraciones de preservación de la unidad familiar».

Fundamentos de Derecho

Cuarto.—Estimaremos el motivo en el extremo relativo a la permanencia en España por razones humanitarias. La Administración, primero, y el Tribunal a quo, después, aplicaron correctamente la causa de inadmisión concernida, prevista en el subapartado e) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843), al ser clara la competencia de Italia para examinar la solicitud de asilo. De hecho, así parecen haberlo entendido los recurrentes, que, por encima del tenor literal de su impugnación, lo que critican en realidad no es tanto la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo, sino la decisión de la Sala a quo en relación con la posibilidad de conceder la permanencia en España por razones humanitarias. En este sentido, el núcleo argumental de su impugnación casacional radica en que la misma Sala de instancia llegó a un pronunciamiento distinto y contradictorio en el recurso interpuesto por la hija de aquéllos, donde, en relación con los mismos hechos, declaró que la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo por la causa reseñada no era obstáculo para reconocer la permanencia en España por razones humanitarias, mientras que en el caso de los aquí recurrentes se alcanzó la conclusión opuesta, al entender la propia Sala que la inadmisión a trámite por aquella causa legal vedaba la posibilidad de examinar la posibilidad de autorizar esa permanencia en España por motivos humanitarios.

Así centrado el objeto del debate, ha de advertirse que nos hallamos ante cuestiones diferenciadas, por más que ambas se encuentren relacionadas y se regulen en la misma Ley de Asilo 5/1984. Una cosa es, en efecto, la concesión o denegación del asilo [o, en su caso, la inadmisión a trámite de la solicitud por aplicación de las concretas causas previstas en el artículo 5.6 de la Ley, tras la reforma de 1994 (RCL 1994, 1420, 1556)], y otra cosa es que aun habiéndose inadmitido a trámite o denegado la solicitud de asilo, se pueda autorizar la permanencia en España del solicitante en los propios términos previstos en el precitado artículo 17.2, esto es, en el marco de la legislación general de extranjería y en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país. Por eso, la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo puede ser ajustada a Derecho, y sin embargo resultar jurídicamente viable la autorización de residencia en España conforme a lo dispuesto en este precepto. Así lo reconoce el mismo Convenio de Dublín, que en su artículo 9 permite a los Estados examinar una petición basada en razones humanitarias incluso aunque dichos Estados no sean responsables en virtud de los criterios definidos en el propio Convenio.

Razones humanitarias que, en este caso, resultan evidentes, si se tiene en cuenta que los recurrentes son un matrimonio de edad avanzada, que procede de una zona sometida a graves conflictos, cuyo hijo es residente legal en España, y cuya hija ha sido, asimismo, autorizada a residir en España por razones humanitarias. Elementales consideraciones de preservación de la unidad familiar determinan que se autorice a ese matrimonio ya anciano a permanecer junto a sus hijos.

Considera, pues, esta Sala que se dan los requisitos del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, y, a la vista de ello, procede declarar haber lugar al recurso de casación y estimar en parte el

recurso Contencioso-Administrativo a fin de declarar el derecho del matrimonio recurrente a permanecer en España en el marco de la legislación general de extranjería.

Quinto.—Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en costas [art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (RCL 1998, 1741)], ni existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de SM el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 4 de noviembre de 2005. Ponente: Sr. D. Enrique Cancer Lalanne.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2005/7378.

2006-67

ASILO.—AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS: Por imposibilidad de asegurar en el caso concreto, y atendiendo a las circunstancias del solicitante, que no exista un cierto riesgo para su persona en el caso de regresar a su país, Colombia.

Fundamentos de Derecho

Cuarto.—(...) Aunque no nos encontremos ante un caso fundado de reconocimiento de la condición de refugiado, debido a los numerosos episodios inventados, contradictorios y exagerados que el relato contiene, no se puede asegurar, en este caso concreto, y atendiendo a las circunstancias personales del mismo, que no exista un cierto riesgo personal si Raúl regresa a Colombia.

Esta Sala, tomando en consideración dicho riesgo para la vida o integridad física de los padres del recurrente en el caso de regresar a su país, que en principio sería extensible a tal hijo, aprecia la existencia en el caso de las invocadas razones humanitarias. Ello además porque el mismo riesgo se desprende de la certificación de la Fiscalía que obra en el Folio 1.36 del expediente administrativo a cuyo tenor se acuerda incorporar a dicho Sr. Pablo, de manera inmediata, al radio de Protección y Asistencia por advertir peligro inminente contra su vida y su integridad, dado que su padre había declarado en la Fiscalía Especializada de Popayán por el delito de conformación de grupos ilegalmente armados, terrorismo, y porte ilegal de armas.

Procede, por tanto, la concesión de las indicadas razones humanitarias para el actor, al apreciarse riesgo para su vida e integridad física en el supuesto de regresar a su país de origen, y por tanto la estimación en parte el recurso contencioso-administrativo planteado, y por tanto la estimación de conformidad con la doctrina de esta Sala que, y en circunstancias similares, también respecto de nacionales de Colombia, ha estimado que concurrían las referidas razones humanitarias (sentencias de esta Sección de 25 de octubre de 2001, en recurso 466/2000 y de 12 de noviembre de 2003, en recurso 228/2001, entre otras).

[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 7 de septiembre de 2005]

VIII. DERECHOS HUMANOS

2006-68

DERECHOS HUMANOS.—Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

II. Fundamentos Jurídicos

2. (...) *La consagración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no supone que haya sido constitucionalizado en nuestro Ordenamiento un derecho a los plazos procesales, sino que, en línea con lo previsto en el artículo 14.3 c) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893), y en el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1999, 1190, 1572), lo que entiende nuestra jurisprudencia que implica tal derecho es que la tramitación de los procedimientos que se sigan ante los Tribunales de Justicia haya de desarrollarse en un «plazo razonable» [así, SSTC 160/2004, de 4 de octubre (RTC 2004, 160), F. 3, y 177/2004, de 18 de octubre (RTC 2004, 177), F. 2]. Esta misma jurisprudencia destaca la doble faceta prestacional y reaccional del derecho. La primera, cuya relevancia fue resaltada en la STC 35/1994, de 31 de enero (RTC 1994, 35) (F. 2), consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y supone que «los Jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones judiciales que quebranten la efectividad de la tutela» [SSTC 180/1996, de 12 de noviembre (RTC 1996, 180), F. 4, y 10/1997, de 14 de enero (RTC 1997, 10), F. 5]. Por su parte la faceta reaccional actúa en el marco estricto del proceso, y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de todo aquel en el que se incurra en dilaciones indebidas [SSTC 35/1994, de 31 de enero (RTC 1994, 35), F. 2; 303/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000, 303), F. 4]. (...)*

3. *Este Tribunal, en coincidencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [sintetizada en sus SSTEDH de 23 de septiembre de 1997 (TEDH 1997, 74), caso Robins, y de 21 de abril de 1998 (TEDH 1998, 13), caso Estima Jorge], tiene declarado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es invocable en toda clase de procesos, si bien en el penal, en el que las dilaciones indebidas puedan constituir una suerte de poena naturalis, debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su consumación [SSTC 109/1997, de 2 de junio (RTC 1997, 109), F. 2, 78/1998, de 31 de marzo (RTC 1998, 78), F. 3, y 177/2004, de 18 de octubre (RTC 2004, 177), F. 2]. En el proceso penal estas demoras tienen mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales, pues en él están en cuestión valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes, entre ellos el derecho a la libertad personal.*

En nuestra STC 36/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 36) (F. 6), ya se afirmaba que los derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE (RCL 1978, 2836), entre los que se ha de incluir ahora específicamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales. Esta conclusión se hacía con las debidas matizaciones y modificaciones en interés del menor (así, por ejemplo, en lo que respecta al principio de publicidad de los juicios) y luego de una interpretación, a la luz del artículo 10.2 CE (RCL 1978, 2836), de los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, en concreto el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención europea de derechos humanos, incorporados a nuestro Ordenamiento el 30 de abril de 1977 y el 10 de octubre de 1979, respectivamente, así como la Convención sobre los derechos del niño, incorporada el 31 de diciembre de 1990.

Esta última Convención, por lo que se refiere al derecho fundamental objeto del presente análisis, dispone en su artículo 40.2.b) iii) que a todo niño del que se alegue que ha infringido las Leyes penales se le ha de garantizar que «la causa será dirimida sin demora por una autoridad judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley».

Por otra parte las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia a menores, denominadas «Reglas de Beijing», aprobadas por la Asamblea General de aquella organización internacional el 29 de noviembre de 1985, resaltan la necesidad de evitar los efectos perjudiciales que pudiera acarrear el sometimiento a un proceso penal a los menores, especificando que éstos han de estar amparados por las garantías procesales básicas y que respecto de ellos se utilizará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

La tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor. (...)

6. (...) Podría argumentarse que las demoras detectadas en el proceso pudieran obedecer a la acumulación de procedimientos en los órganos encargados de la tramitación de estos asuntos como consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (RCL 2000, 90). En efecto, esta Ley establece en su disposición final séptima que su entrada en vigor se producirá al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», coincidiendo esta fecha aproximadamente con el momento en el que el Juzgado de Instrucción se inhibió a favor de la Fiscalía de Menores, originándose en aquel tiempo una acumulación importante de procedimientos, tanto en la Fiscalía como en los Juzgados de Menores.

Ahora bien, como ha advertido este Tribunal [así, STC 160/2004, de 4 de octubre (RTC 2004, 160), F. 5], la circunstancia de que las demoras en el proceso hayan sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales, o del abrumador trabajo que pesa sobre algunos de ellos, si bien pudiera eximir de responsabilidad a las personas que los integran, de ningún modo altera la conclusión del carácter injustificado del retraso ni limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a éste, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de aquel derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario es exigible que Jueces y Tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el Ordenamiento les encomienda [STC 180/1996, de 16 de noviembre (RTC 1996, 180), F. 4]. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reafirmado que el artículo 6.1 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable [STEDH de 11 de marzo de 2004 (JUR 2004, 86167), caso Lenaerts contra Bélgica].

Por lo que se refiere al comportamiento de la parte ahora demandante en amparo se aprecia en las actuaciones que ésta no ha mantenido una actitud obstaculizadora, ni ha contribuido con su conducta a la dilación apreciable en distintas fases del proceso. Por el contrario ha denunciado dichas demoras ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Collado Villalba, solicitando a este órgano que se inhibiera a favor de la Fiscalía de Menores. El recurrente, además, ha denunciado expresamente los retrasos padecidos, invocando la existencia de dilaciones indebidas ante la Fiscalía así como ante el Juzgado de Menores núm. 2 de Madrid, dando por ello oportunidad de pronunciarse en un plazo razonable sobre la violación constitucional ale-

gada al órgano competente en sede jurisdiccional ordinaria sin haber obtenido una respuesta eficaz en orden a la conclusión del proceso. Por otra parte el recurrente ha venido sufriendo los perjuicios derivados de la prolongación en el tiempo del proceso, fundamentalmente derivados de «la prolongada incertidumbre y ansiedad con respecto a su resultado» [STEDH de 23 de abril 1987 (TEDH 1987, 6), caso Lechner y Hess].

[Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 153/2005 (Sala Segunda), de 6 junio. Ponente, D. Guillermo Jiménez Sánchez.]

F.: Aranzadi Westlaw, RTC 2005/153.

2006-69

DERECHOS HUMANOS.—El derecho a la doble instancia penal y el valor de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos.

Fundamentos de Derecho

Octavo.—El motivo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim (LEG 1882, 16) y 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), por considerarse infringidos el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, dado que en atención a lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), no se ha posibilitado a los acusados el recurrir de manera efectiva contra el fallo condenatorio y la pena impuesta, citando el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sostiene que dado que el Tribunal Supremo no vuelve a evaluar las pruebas, lo anterior constituye una violación del derecho a la revisión de la sentencia y la condena por un Tribunal superior en virtud de la Ley, al no ser la casación penal una verdadera segunda instancia pues en toda apelación debe haber derecho del condenado a una revisión plena de la prueba.

El motivo debe ser desestimado.

Como recuerda la STS 2047/2002 de 10.12 (RJ 2003, 473), si bien el Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 20 de julio del año 2000 en el caso «Cesáreo Gómez» ha apreciado en un determinado recurso la vulneración del derecho reconocido en el artículo 14 5.º del Pacto, pero esta resolución se refiere a un caso específico, no generalizable, y lo cierto es que en la escuetísima fundamentación de fondo de la resolución dictada no se entró realmente a valorar las características actuales del recurso de casación penal español tal y como funciona en la realidad jurisdiccional. (...)

Ello nos permite deducir que la información proporcionada al Comité sobre nuestro recurso de casación penal se limitaba a explicitar las limitadas posibilidades de revisión fáctica reconocidas en la Ley [error de hecho fundado en documento auténtico, artículo 849.2.º de la LECrim (LEG 1882, 16)], pero no las posibilidades de revisión fáctica mucho más amplias abiertas por la Constitución (presunción de inocencia, interdicción de la arbitrariedad, exigencia de motivación), la jurisprudencia constitucional y la práctica jurisdiccional efectiva del actual recurso de casación.

Igualmente la STS 1305/2002 (RJ 2002, 7454) reiterando lo ya dicho en auto de 14.12.2001, recuerda que el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/85 (RTC 1985, 60) que el recurso de casación cumple con la exigencia del artículo 14.5 Pacto y desde la STC 42/82 (RTC 1982, 42) ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación [vide también STC 37/88 (RTC 1988, 37)].

Además ha de tenerse en cuenta que las «observaciones» que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto) y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia [vide SSTC 70/2002 de 3.4 (RTC 2002, 70) y STS 1565/2002 de 25.9 (RJ 2002, 9236)].

Noveno.—(...) Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la Ley. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la Ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución. (...)

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a «fallo condenatorio y la pena». Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir, un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto si se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia. Es cierto que ambos pactos remiten este derecho a la doble instancia a lo que se prescribe por la Ley de cada Estado signatario, como se recoge en la sentencia de esta Sala antes citada, y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Constitucional viene declarando, desde las sentencias 42/1982, de 5 de julio (RTC 1982, 42) 76/1982, de 14 de diciembre (RTC 1982, 76) y 60/1985, de 6 de mayo (RTC 1985, 60), que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, cumple con esta exigencia de intervención de un Tribunal superior, si bien, al desarrollar el derecho al recurso, ha hecho una interpretación más favorable para la efectividad de ese derecho y con una interpretación amplia respecto al ámbito del conocimiento del recurso de casación, como son exponentes las Sentencias 133/2000, de 16 de mayo (RTC 2000, 133) y 190/1994, de 20 de junio (RTC 1994, 190).

El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensan-

chando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia. Así en la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2000 (RJ 2000, 3720) se dice que al invocarse el derecho de presunción de inocencia ello conduce al Tribunal Supremo a examinar, entre otras cuestiones, si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las Leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias.

El cumplimiento por este Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que este Dictamen, que resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto, exija, en modo alguno un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencie en el Tribunal Supremo como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las Leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

Como precisa la STS 692/2002 de 18.4 (RJ 2002, 4782) y la doctrina que se expone con detalle en el auto de 14 de diciembre de 2001, el recurso de casación penal en el modo en que es aplicado actualmente, particularmente cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cumple con lo previsto en el citado artículo 14.5. Y ello es así porque en este recurso cabe examinar la prueba practicada en la instancia y la aplicación que de ella se hizo por el órgano judicial competente, con suficiente amplitud como para satisfacer ese derecho que tiene toda persona declarada culpable de un delito a que su condena «sea sometida a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la Ley». En nuestro caso la «Ley» a que se refiere el Pacto no está constituida únicamente por las disposiciones de la LECrim (LEG 1882, 16), sino también por la forma en que han sido interpretadas y ampliadas en los últimos años para su adaptación a la Constitución por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también por esta Sala del Tribunal Supremo.

Por último es de interés dejar expuesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Loewenguth* y *Deperrios*, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, considera que en el artículo 2 del Protocolo número 7.º los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio.

Por lo que se deja expresado, no se han producido las vulneraciones que se denuncian y el motivo no puede prosperar.

[Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1074/2005 (Sala de lo Penal), de 27 de septiembre. Ponente: Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2005/7552.

Cfr. tratando esta misma cuestión las siguientes sentencias:

[Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1097/2005 (Sala de lo Penal), de 27 de septiembre.
Ponente: Sr. D. José Antonio Martín Pallín.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/8567.

[Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1493/2005 (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre.
Ponente: Sr. D. José Manuel Maza Martín.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2006/1271.

[Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1018/2005 (Sala de lo Penal), de 12 de septiembre.
Ponente: Sr. D. Luis Román Puerta Luis.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/8348.

[Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1473/2005 (Sala de lo Penal), de 29 de noviembre,
Ponente: Sr. D. Diego Ramos Ganzedo.]

F.: *Aranzadi Westlaw* RJ 2005/10191.

[Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1151/2005 (Sala de lo Penal), de 11 de octubre.
Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/7346.

Nota: La sentencia objeto de la presente nota y las referencias que hemos incluido, relativas a otras decisiones del mismo signo, son el reflejo de una línea jurisprudencial iniciada hace algunos años por nuestros tribunales a la hora de interpretar el valor jurídico de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos (Cfr. el comentario de QUESADA ALCALÁ, C., en la nota aparecida en esta misma revista, *R.E.D.I.*, 2002-2, vol. LIV, pp. 843-846, así como el estudio de J. IGARTUA SALAVERRÍA, *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*, Ed. Thomson-Civitas, 2004.)

La Sentencia de la Audiencia de Almería (Sección 1.^a), de 13 de diciembre de 2004, condenó a los acusados doña Leticia, don Juan, don Carlos, doña Antonieta y don Ramón como autores de un delito de tráfico de drogas. Contra la citada sentencia, los interesados recurrieron en casación por varios motivos, uno de los cuales presenta particular interés: la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, puesto que, en atención a lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los acusados mantuvieron que no habían tenido la oportunidad de recurrir de manera efectiva el fallo condenatorio, dado que el recurso de casación no permite una revisión plena de la prueba. Para apoyar su pretensión alegaron, entre otras cosas, el Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos, el 11 de agosto de 2000, en el caso de Cesáreo Gómez Vázquez c. España, en el que se concluyó que la imposibilidad de que «el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación (...), limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena, en violación del párrafo 5 del

artículo 14 del Pacto» (cfr. Cesáreo Gómez Vázquez c. España, CCPR/C/69/D/701/1996, 11 de agosto de 2000, parágr. 11.1 –aunque la sesión se celebró el 20 de julio).

Respecto a la infracción o no del derecho a la doble instancia, la trayectoria de nuestros tribunales –Tribunal Supremo (cfr. sentencias arriba citadas) y Tribunal Constitucional (STC 70/2002, de 3 de abril; 80/2003, de 28 de abril o 105/2003, de 2 de junio)– viene siendo muy clara y puede resumirse del siguiente modo: el recurso de casación penal, en el modo en que es aplicado actualmente, particularmente cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cumple con lo previsto en el citado artículo 14.5. Y ello es así porque mediante este recurso cabe examinar la prueba practicada en la instancia y la aplicación que de ella se hizo por el órgano judicial competente, con suficiente amplitud como para satisfacer el derecho que tiene toda persona declarada culpable de un delito a que su condena «sea sometida a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la Ley». Según señala la sentencia dictada por el TS, la «Ley» a la que se refiere el artículo 14.5 del Pacto no está constituida únicamente por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «sino también por la forma en que han sido interpretadas y ampliadas en los últimos años para su adaptación a la Constitución, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también por esta Sala del Tribunal Supremo». A pesar de la convicción con la que se han defendido estas afirmaciones, en la nota de prensa emitida por el Pleno de la Sala de lo Penal del TS, el 13 de septiembre de 2000, con el objeto de evitar malos entendidos internacionales», éste se posicionó en favor de la instauración de un recurso de apelación previo a la casación (cfr. pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000). Pues bien, la reforma de la LOPJ de 23 de diciembre de 2003 señalaba en su Exposición de Motivos que una de las cuestiones que destacaban de las reformas realizadas al Título I de la LOPJ era «la generalización de la segunda instancia penal». Con ello, continuaba señalando la Exposición de Motivos, «se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la Resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto de Derechos Civiles y Políticos». Las modificaciones introducidas en la ley prevén la potenciación de las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia –en las que se reside la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia–, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional (cfr. artículos 64, 64 bis y 73 de la LOPJ). Sin embargo, las disposiciones de la ley destinadas a poner en marcha estas medidas no eran de aplicación inmediata, quedando supeditada su aplicación a un desarrollo legislativo –procesal y orgánico– que no termina de llegar, con el fin de definir el modelo de segunda instancia que se pretende implantar (cfr. el texto del Proyecto de Ley Orgánica, de 16 de diciembre de 2005, en BOCG, 27 de enero de 2006)

La sentencia objeto de la presente nota contiene algunos pasajes dignos de mención.

En primer lugar, se afirma que el Dictamen del Comité de agosto de 2000 se refería a un caso específico, sin que las afirmaciones contenidas en él pudieran ser mantenidas con carácter general. Pues bien, aunque tal afirmación sea cierta, convendría tener presente que no ha sido ése el único Dictamen en el que se ha considerado que España ha violado el artículo 14.5 del Pacto, sino que existe un número nada desdeñable de Dictámenes posteriores en idéntico sentido (cfr. los Dictámenes de los casos *Joséph Semey c. España*, 19 de septiembre de 2003; *Sineiro Fernández c. España*, 19 de septiembre de 2003; *Gomariz Valera c. España*, 26 de agosto de 2005; *Alba Cabriade c. España*, 15 de noviembre de 2004; *Terron c. España*, 15 de noviembre de 2004; *Martínez Fernández c. España*, 25 de mayo de 2005; *Cuartero Casado c. España*, 16 de agosto de 2005; *Bertelli Gálvez c. España*, 16 de agosto de 2005; *Conde Conde c. España*, 13 de noviembre de 2006; *Olivero Capellades c. España*, 8 de agosto de 2006. Cfr. el texto de cada uno de los dictámenes en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrs.etsp?OpenFrameSet>). Dejando a un lado la extrañeza que nos produce comprobar que el único

dictamen al que se refieren tanto los recurrentes como las propias resoluciones judiciales es el Dictamen de agosto de 2000, consideramos oportuno concluir que o bien nuestro ordenamiento, o bien la forma en que está siendo aplicado e interpretado por nuestros tribunales, está produciendo en una serie reiterada de casos la violación de un derecho reconocido en un Tratado Internacional que obliga a España.

La vulneración del derecho a la doble instancia se produce, según ha podido constatar el Comité de Derechos en aquellos casos en que la persona, que ha resultado absuelta en primera instancia, resulta más tarde condenada por el Tribunal Supremo, sin posibilidad de recurrir ante un tribunal superior esta última sentencia (este fue el caso de Mario Conde, tal y como se denuncia en el Dictamen emitido el 13 de noviembre de 2006, arriba citado); en el caso de las personas aforadas, directamente enjuiciadas por el Tribunal Supremo (Terron c. España, 15 de noviembre de 2004, e indirectamente caso Oliveró Capellades c. España, Dictamen de 8 de agosto de 2006. Sobre esta cuestión cfr. el trabajo de SAIZ ARNAIZ, A., «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional», *Revista española de Derecho Europeo*, 2003, núm. 5). O, en el caso «más común» de la persona que resulta condenada en primera instancia por una Audiencia Provincial o por la propia Audiencia Nacional, pongamos por caso, y sólo dispone del limitado recurso de casación ante el Tribunal Supremo (a este supuesto se refiere el resto de los dictámenes anteriormente citados).

Como hemos señalado, la aprobación de la LO 23/2003 sirvió para asentar los cimientos que puedan conducir por fin al efectivo disfrute en España del derecho a la doble instancia recogido en el artículo 14.5 del Pacto, pero todavía no puede decirse que sea una realidad. Es más, el Proyecto de Ley en el que se trabaja en estos momentos, y que pretende articular efectivamente el recurso de apelación ha sido objeto de severas críticas, críticas como la formulada por el Fiscal López Coig que ha llegado a señalar que de aprobarse la ley en los mismos términos ahora recogidos en el proyecto no se cumplirán las exigencias del artículo 14.5 del Pacto, pues no se trataría tanto de un derecho de apelación sino de un recurso extraordinario —por el carácter tasado de los motivos que permiten plantearlo y por la exclusión del error en la valoración de la prueba como motivo del mismo—. De este modo, concluye el citado autor, «habrá sido peor el remedio que la enfermedad y, desde luego, mucho nos tememos que el Comité de Derechos Humanos tendrá que pronunciarse de nuevo contra España» (LÓPEZ COIG, J., «La proyectada generalización de la doble instancia penal: ¿cumple los requisitos exigidos por los tratados internacionales?», *Diario La Ley*, núm. 6567, 10 de octubre de 2006, p. 2; cfr. igualmente las observaciones de VECINA CIFUENTES, J., «Observaciones urgentes a la proyectada reforma de los recursos de apelación y casación en el orden penal», *Jueces para la Democracia*, 2005, num. 56, pp. 59-74; PÉREZ MANZANO, M., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Fundamento del Derecho a la doble instancia penal», *Diario La Ley*, núm. 6566, lunes, 9 de octubre de 2006).

En segundo lugar, la sentencia ahora comentada señala que «ha de tenerse en cuenta que las «observaciones» que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto)». A este respecto nada se puede objetar desde el punto de vista estrictamente formal, pues huelga decir que el Comité de Derechos Humanos no es un órgano jurisdiccional y sus Dictámenes no son sentencias. Dicho esto, conviene recordar que durante algunos años el TC no tuvo problema en referirse en sus sentencias a los dictámenes emitidos por la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, aun cuando su naturaleza era igualmente no jurisdiccional, luego es incongruente con su propio actuar el desprecio que muestra por un órgano como el Comité de Derechos Humanos. Por lo tanto, nada

habría que objetar sino todo lo contrario a que por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, se interpretara el artículo 24 de la Constitución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y los reiterados Dictámenes del Comité.

En último lugar, la sentencia señala que los «Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia [vide SSTC 70/2002 de 3.4 (RTC 2002, 70) y STS 1565/2002 de 25 de septiembre (RJ 2002, 9236)]». Como ha señalado IGARTUA SALAVERRÍA «si por “interpretación auténtica se entiende –como sólitamente se hace– la interpretación efectuada por el mismo autor del objeto que se interpreta, entonces cae de su peso que la interpretación del Comité no es “auténtica”; del mismo modo que tampoco es “auténtica” la interpretación de la Constitución a cargo del TC ni la interpretación de la legislación ordinaria en manos del TS. En el contexto de una actividad aplicadora de normas (sea el Pacto, la Constitución, el Código Penal, etc.) cobra sentido, en cambio, hablar de “interpretación oficial”, como la materializada por un órgano en el ejercicio de su propia función institucional» (cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 19). Pues bien, a nuestro juicio, no cabe ninguna duda de que el Comité ha sido investido de la función de intérprete del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el Protocolo Facultativo núm. 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, dándose la circunstancia que España ratificó el citado tratado el 25 de enero de 1985 (*BOE* núms. 79, de 2 de abril, y corrección de errores, *BOE* núm. 107, de 4 de mayo de 1985), reconociendo la competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer de las quejas planteadas por individuos bajo jurisdicción española por violación de alguno de los derechos recogidos en el Pacto.

En definitiva, el Dictamen al que se refiere la sentencia objeto de la presente nota (Gómez Vázquez c. España) no es un caso aislado sino el primero de una serie que apunta en una misma dirección: la existencia de una serie de resquicios en nuestro ordenamiento y/o en el modo en que éste se interpreta y aplica –esto es algo sobre lo que quien escribe estas líneas prefiere no posicionarse y dejarlo para los especialistas en otras ramas del derecho– que produce como resultado final la violación de un derecho que España está obligada a garantizar, puesto que se encuentra reconocido en un Tratado Internacional ratificado por nuestro país. Aun cuando es evidente que los dictámenes del Comité de Derechos Humanos no tienen carácter vinculante, conviene no olvidar que el artículo 10.2 de la Constitución exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En ese sentido, la interpretación del artículo 24 de la Constitución debería realizarse tomando en consideración, vía artículo 10.2 de la Constitución, el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, interpretación acorde con los reiterados dictámenes del Comité de Derechos Humanos, intérprete ‘oficial’ del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

M.^a DOLORES BOLLO AROCENA

2006-70

DERECHOS HUMANOS: Alegación de instrumentos y/o tratados internacionales.

Fundamentos de Derecho

Primero.–[...] También el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1279) establece que «entre los derechos y libertades que se reconocen y protegen en la Constitución Española (RCL 1978, 2836) se encuentra el derecho a la intimidad personal y, como complemento de la misma, se garantiza el secreto de las comunicaciones postales, tele-

gráficas y telefónicas (art. 18, números 1 y 3). El principio está también recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por resolución de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 (LEG 1948, 1), al establecer que nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (artículo 12), e igualmente, ha sido incluido en Convenios Internacionales de los que España es parte como el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977 [RCL 1977, 893]] y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (RCL 1979, 2421)].

Se admite la posibilidad de que el principio de respeto de la intimidad personal frente a injerencias de las autoridades públicas, pueda ser objeto de excepciones en razón de la necesidad de defender otros valores que hayan de primar sobre el derecho a la intimidad individual. El artículo 8 del Convenio Europeo citado señala esa posibilidad de excepción cuando la ingerencia esté prevista legalmente y constituya una medida que sea necesaria en una sociedad democrática para la protección de una serie de intereses colectivos o generales, como son, entre otros, la seguridad nacional y pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y las libertades de los demás. [...].

[Sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla, núm. 272/2005 (núm. 8), de 29 de julio. Ponente: Sra. D.^a M.^a de los Ángeles Sáez Elegido.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-71

Fundamentos de Derecho

Tercero.—Preceptos constitucionales que se suponen infringidos

[...]

A diferencia de tal ética de género, una ética universal, para la que el único género es el género humano, otorga a todos los seres humanos una igual aspiración a la felicidad, una misma pretensión de realización de sus necesidades humanas y una igual valoración moral. [...]

Hitos de esta ética universal son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (LEG 1948, 1), en cuyo preámbulo se puede leer: «considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...» y en cuyo artículo 1 afirma que: «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». En el mismo sentido tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales (RCL 1977, 894) (ambos de 1996) recogen en el primer párrafo de su preámbulo, prácticamente en sus mismos términos, el contenido transcrito del preámbulo de la Declaración de 1948, añadiendo en el segundo párrafo el reconocimiento de que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. En el ámbito regional europeo la misma idea viene representada por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (RCL 1979, 2421) que reafirma en su

preámbulo la profunda adhesión de los gobiernos signatarios a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y la paz en el mundo; y añade: «Resueltos, en cuanto gobiernos de Estados Europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respecto a la libertad y preminencia del derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal».

[Auto del Juzgado de lo Penal de Castilla-La Mancha, Toledo (núm. 2), de 1 de diciembre de 2005. Ponente: Sr. D. Víctor Rafael Rivas Carreras.] En el mismo sentido vide. **[Auto del Juzgado de Instrucción de Madrid, Alcalá de Henares, de 30 de noviembre de 2005.** Ponente: Sr. D. Jesús María Hernández Moreno.]; **Auto del Juzgado de lo Penal de Castilla-La Mancha, Toledo (Sección 2.ª), de 21 de octubre de 2005.** Ponente: Sr. D. Víctor Rafael Rivas Carreras, y **Auto del Juzgado de lo Penal de Castilla-La Mancha, Toledo (Sección 2.ª), de 20 de septiembre de 2005.** Ponente: Sr. D. Víctor Rafael Rivas Carreras.

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-72

Fundamentos de Derecho

IV.V.II.—Por el principio de proporcionalidad de la pena.— arts 1.1; 9.3; 10.1 y 17 CE

[...]

El principio de proporcionalidad de la pena, fue proclamado en su día por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano al disponer que la Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito. Aunque hoy no lo declaren de modo expreso las Constituciones modernas, se infiere el principio, de que la tutela del bien jurídico sea necesaria y el carácter mínimo de la intervención Penal.

[Auto del Juzgado de Instrucción de Girona (Sección 2.ª), de 14 de octubre de 2005.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-73

DERECHOS HUMANOS: Alegación de jurisprudencia internacional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Fundamentos de Derecho

V. El orden público internacional español en materia de capacidad matrimonial

[...]

Tampoco coadyuva a alcanzar una conclusión concluyente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en sus sentencias de 17 de octubre de 1986 (TEDH 1986/11) y 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990/22) ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma (RCL 1999/1190, 1572), por entender que la regulación y garantía del «ius nubendii» entre personas del mismo sexo queda remitida a la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante Leyes el ejercicio del derecho de casarse.

VII. *La calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial. Existencia de una laguna legal en nuestro derecho internacional privado y criterios para su integración*

[...]

[...] d) *la consideración del ius nubendii como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (art. 32) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de «orientación sexual», acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (LCEur 2000/3480) en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había asociado tradicionalmente a las discriminaciones de género [Sentencias de 17 de octubre de 1986 (TEDH 1986/11) –Caso Rees contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990/22) –Caso Cossey contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1999 (TEDH 1999/37) –Caso Smith y Grady contra Reino Unido–, hasta su Sentencia de 21 de diciembre de 1999 (TEDH 1999/72) –Caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal– y 31 de julio de 2000 (TEDH 2000/153) –Caso A.D.T. contra Reino Unido– en que se afirma la existencia de violación de los artículos 8 y 14 del Convenio (RCL 1999/I190, 1572)], por apreciar la existencia de una discriminación por razón de «orientación sexual» [...].*

[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de julio de 2005.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-74

Fundamentos de Derecho

Primero.–[...] Como señaló ya la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 115/87 la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 24.1 y 17.3 CE), en conexión con el artículo 6.3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los restantes reconocidos en LO 4/2000, en conexión con el artículo 5.4 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Se cumple así establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 18 de junio de 1971 (caso de Wilde, Ooms y Versyp) de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal.

[Auto del Juzgado de Instrucción de Las Palmas, Las Palmas de Gran Canaria, núm. 542/2005 (Sección 2.ª), de 23 de diciembre. Ponente: Sra. D.ª Inocencia Eugenia Cabello Díaz.]

F.: Aranzadi Westlaw.

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2

2006-75

Fundamentos de Derecho

Segundo.—[...] *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 CEDH, indica que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o valor generalmente aceptados.*

[...]

Cuarto [...] *IV.I.*—*Sobre la infracción del principio de culpabilidad citamos las siguientes STC:*

[...]

IV.II *Y sobre el mismo extremo la siguiente doctrina del TEDH.*

Sentencia del TEDH de 17 de febrero de 2004 que viene recogida por la STC de 13 de octubre de 1992 [...].

STEDH de 6 de diciembre de 1998 Barbera y otros contra España [...].

Sentencias TEDH citadas por STC de 28 de octubre de 1999.

«*Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 –caso Ektbatani contra Suecia. § 32– 29 de octubre de 1991 –caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39–; 29 de octubre de 1991 –caso Jan-Åke Anderson contra Suecia. § 2–; 29 de octubre de 1991 –caso Fejde contra Suecia, § 32–). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 – caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59– que cuando la instancia de apelación esta llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados in persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de junio de 2000 – caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94, 95 y 96–. en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación» STC 167/2002, de 18 de septiembre, F. 10.*

[...]

V.-IV.–*Sobre el mismo principio de proporcionalidad de la pena citamos la siguiente doctrina del TEDH*

– *STEDH de 23 abril 1998:*

«la presunción de inocencia consagrada por el párrafo 2 del artículo 6 figura entre los elementos del proceso penal justo exigido por el apartado 1» (ver en particular las Sentencias Deweer contra Bélgica de 27 de febrero de 1980, serie A núm. 35, p. 30, ap. 56; Minelli contra Suiza de 25 de marzo de 1983, p. 15, ap. 27, y Allenet de Ribemont contra Francia de 10 de febrero de 1995, serie A núm. 308, p. 16, ap. 35). En consecuencia examinará las quejas del demandante desde el punto de vista de los dos textos combinados. Ciñéndose a este análisis, debe considerar el procedimiento penal en su conjunto. Claro es que, no entra entre sus atribuciones sustituir con su propia apreciación de los hechos y de las pruebas la de las jurisdicciones internas, quienes deben examinar los elementos recogidos por ellas. La tarea del Tribunal consiste en ver si el procedimiento en litigio, considerándolo como un todo, incluida la apreciación de las pruebas, reviste un carácter justo (ver, mutatis mutandis, las Sentencias Edward contra Reino Unido de 16 de diciembre de 1992, serie A núm. 247-B, pp. 34 y 35, ap. 34 y Mantovanelli contra Francia de 18 de marzo de 1997, Repertorio de sentencias y resoluciones 1997-II, pp. 436-437, ap. 34).

[Auto del Juzgado de Instrucción de Girona (Sección 2.^a), de 14 de octubre de 2005.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-76

DERECHOS HUMANOS: Alegación de instrumentos y/o tratados internacionales. Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

Fundamentos de Derecho

II. *La Ley aplicable en materia de capacidad matrimonial.*

[...]

c) *recientemente, en la misma línea apuntada, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000/3480), firmada el 7 de diciembre de 2000, proclama que «el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio», admitiendo, pues, su consideración como derechos de configuración legal, correspondiendo la competencia legislativa en la materia a los respectivos Estados miembros sobre sus propios nacionales. [...].*

[...] si bien el derecho a contraer matrimonio es reconocido, en principio, a todas las personas [cfr. arts. 44 del Código civil (LEG 1889/27), 32 de la Constitución española (RCL 1978/2836), 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (LEG 1948/1), 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977/893) y 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos (RCL 1999/1190, 1572)], no se trata de un derecho sin limitaciones o incondicionado [...].

VII. *La calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial. Existencia de una laguna legal en nuestro derecho internacional privado y criterios para su integración.*

[...]

d) *la consideración del «ius nubendii» como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (art. 32) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda*

discriminación a las ejercidas por razón de «orientación sexual», acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (LCEur 2000/3480) en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de julio de 2005.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-77

Fundamentos de Derecho

En sede comunitaria es necesario recordar el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha dispuesto que el principio de igualdad no impide la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado. Pero siempre sobre la base de la inadmisibilidad del puro automatismo y de la necesaria limitación temporal de la medida.

[Auto del Juzgado de lo Penal de Alicante, Orihuela (núm 1), de 12 de diciembre de 2005.]

F.: Aranzadi Westlaw.

IX. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

2006-78

PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.–Condiciones de aplicación.

II. Fundamentos Jurídicos

4. (...) *debemos comenzar por afirmar que resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del locus delicti, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. Partiendo de este dato, y retomando la cuestión que dejamos pendiente, lo cierto es que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ne bis in idem, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.*

Esto afirmado, debe seguidamente advertirse que el tema propuesto no deja de tener relevancia constitucional, puesto que lo que en última instancia se discute, tanto por los demandantes de amparo y el Ministerio público, como por la Sentencia del Tribunal Supremo que

discrepa del criterio aplicado por la Audiencia Nacional de afirmar la prioridad del principio de subsidiariedad, son los términos en los que tal regla o principio se ha aplicado; más concretamente, el mayor o menor número de requisitos exigidos en relación con la pasividad del Estado donde se produjeron los hechos. El Auto de la Audiencia Nacional objeto de recurso, reproduciendo la doctrina establecida por los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, define los términos de aplicación de la regla de subsidiariedad del siguiente modo: «la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal internacional». Acogiendo literalmente tal aseveración la abstención de los Tribunales de un tercer Estado sólo habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. A sensu contrario, para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad que la misma Audiencia Nacional había delimitado, va más allá y requiere de los denunciadores una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos.

Tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles establecida en el artículo 23.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una probatio diabolica. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el artículo 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica pro actione, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del artículo 24.1 CE.

5. (...) Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el artículo I, otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los Tribunales internacionales, lo que el artículo VI del Convenio (RCL 1969, 248) determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, esto es, una vez asumido que el tantas veces citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer posteriores mecanismos de persecución del genocidio, ningún obstáculo puede suponer el artículo 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados para la asunción por los Tribunales españoles de la jurisdicción sobre los

hechos presuntamente cometidos en Guatemala; máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención.

En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición.

6. No estando, a juicio del Tribunal Supremo, reconocida la jurisdicción universal por el Convenio sobre genocidio, sostiene la Sala Segunda de este Alto Tribunal que su asunción unilateral por el Derecho interno debe, entonces, venir limitada por otros principios, en virtud de lo que viene siendo regla en la costumbre internacional. De ello se derivará una restricción del ámbito de aplicación del artículo 23.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), exigiendo para su entrada en juego determinados «vínculos de conexión», como que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas sean de nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con intereses nacionales. El empleo de tales criterios correctores se fundamenta por la Sentencia objeto de análisis en la costumbre internacional, llegando a la conclusión de que, no correspondiéndole a cada Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, el ejercicio de la competencia universal sólo será legítimo cuando exista el citado punto de conexión; el cual, resalta la resolución impugnada, ha de tener una significación equivalente a los criterios que, reconocidos en la Ley nacional o los Tratados, permiten la extensión extraterritorial de la competencia (...).

7. (...) Independientemente de lo que después habremos de afirmar, la interpretación seguida por el Tribunal Supremo para justificar tal criterio de restricción de la Ley debe ser rechazada ya por razones de índole metodológica. Para empezar, la pretendida referencia sistemática al apartado g) del artículo 23.4 LOPJ no puede servir para extender las conclusiones a las que el Alto Tribunal llega al resto de los delitos contenidos en los apartados precedentes del citado precepto. Y ello porque la cláusula de cierre introducida en el apartado g) extiende la jurisdicción universal a otros delitos, no incluidos en los apartados anteriores del artículo 23.4 LOPJ, que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España. En otras palabras, mientras los apartados a) a f) del artículo 23.4 LOPJ establecen un catálogo de delitos que se declaran perseguibles *ex lege* en España pese a haber sido cometidos en el extranjero y por extranjeros, el apartado g) determina precisamente la posibilidad, si así se pacta en un tratado internacional, de perseguir en España otros delitos distintos a los incluidos expresamente en el precepto. No resulta, en consecuencia, ni mucho menos evidente que las limitaciones o condicionantes que, por vía de la interpretación de los diversos Tratados internacionales que menciona la Sentencia, se prediquen de estos últimos sean de aplicación analógica a los primeros. Procedimiento analógico que, además de ser contrario al principio *pro actione* al reducir de modo ostensible el acceso a la jurisdicción de los demandantes, no se ve amparado por una identidad de razón suficiente, según se acaba de afirmar.

De igual modo resulta muy discutible apelar al artículo 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados como sostén de tal proceder argumentativo. Y ello porque, ni en el Convenio sobre genocidio, como ya se afirmó, ni en los Tratados que menciona la Sentencia impugnada, se contempla prohibición alguna del ejercicio de la jurisdicción universal unilateral que pudiera considerarse incumplida por lo dispuesto en la Ley española.

Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios in absentia en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito sine qua non para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la Ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.

8. *Junto al de la presencia en territorio nacional del presunto autor introduce la Sentencia impugnada otros dos vínculos de conexión: el de personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa. Tales restricciones parecen ser nuevamente obtenidas de la costumbre internacional, apelando, sin mayor concreción, a que «una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales» se han inclinado por reconocer la relevancia de determinados vínculos de conexión.*

Pues bien, al respecto debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el artículo 23.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836), en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la Ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del artículo 23.4 LOPJ.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha quedado menoscabado en el presente caso porque una interpretación acorde con el telos del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio pro actione, y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el artículo 24.1 CE. Por tanto la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental, por cuanto vulnera la exigencia de que «los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad» [STC 220/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003, 220), F. 3], al constituir una «denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable» [STC 157/1999, de 14 de septiembre (RTC 1999, 157), F. 3].

9. Así la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la Ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. Según dispone el artículo 607 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) (CP) el tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia. La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era ésa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el artículo 23.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Obviando el hecho, destacado por el Ministerio público en su informe, de que la referencia al mismo en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del artículo 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. Como ya ha sido afirmado, la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados [según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 87), F. 4], cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio artículo 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como «la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional».

Frente a ello la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal, en la medida en que aspira a unir «el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes» (fundamento jurídico décimo) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación de facto del artículo 23.4 LOPJ. Además el exacerbado rigorismo con que tales criterios son aplicados por el Alto Tribunal redundante en la incompatibilidad de sus pronunciamientos con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, puesto que

exige que la conexión con intereses nacionales deba apreciarse en relación directa con el delito que se toma como base para afirmar la atribución de jurisdicción, excluyendo expresamente la posibilidad de interpretaciones más laxas (y, con ello, más acordes con el principio pro actione) de dicho criterio, como la de vincular la conexión con intereses nacionales con otros delitos conectados con aquél, o bien, más genéricamente, con el contexto que rodea los mismos.

10. De todo lo anterior se desprende que tanto el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2147) han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva [art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)] de los demandantes en su vertiente de acceso a la jurisdicción, por lo que procede otorgar el amparo y, en consecuencia, anular las citadas resoluciones y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de la Audiencia Nacional anulado sin que, en aras a preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo proceda entrar a analizar las denuncias de vulneración de otros derechos fundamentales que se efectúan en la demanda.

[Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005 (Sala Segunda), de 26 de septiembre. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.]

F.: Aranzadi Westlaw, 2005/237.

2006-79

JUSTICIA UNIVERSAL.–Condiciones de aplicación. Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para «unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial».

Reunido conforme al artículo 264 LOPJ para unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial del artículo 23.4 LOPJ, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, partiendo del principio pro actione tal como lo entiende el máximo intérprete de la Constitución Española |1|, del de concurrencia de jurisdicciones |2| e interpretación conforme a criterios de razonabilidad |3|, sobre ponencia del Presidente de la Sala,

ACUERDA:

1. Examen de oficio de la propia jurisdicción.

La admisión a trámite de una denuncia o querrela sobre delitos cuya competencia venga atribuida a la jurisdicción española por el artículo 23.4 LOPJ exigirá el examen de oficio de la propia jurisdicción, al ser esta cuestión de orden público procesal.

2. Concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno.

El artículo 23.4 LOPJ no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como algunos de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de comisión y la nacionalidad del autor o víctima, pues no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo |4|.

Como, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional no es admisible desde la perspectiva constitucional limitar el acceso a la jurisdicción incorporando requisitos

no contemplados en la ley de manera tan rigurosa que vulnere el principio de proporcionalidad [5], es necesario constatar que concurren los requisitos exigidos para atribuir jurisdicción a la Audiencia Nacional en cada uno de los delitos del catálogo del artículo 23.4 LOPJ según el ordenamiento jurídico interno, del que forman parte los tratados y convenios internacionales suscritos por España que se aplican con preferencia a la ley interna (art. 1.6 Código Civil y 96 CE) [6].

3. *Jurisdicciones concurrentes prioritarias: Ne bis in idem y duplicidad de procedimientos.*

Verificado lo anterior, en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ne bis in idem, atendida la prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito (locus delicti) y de los Tribunales Internacionales [7], antes de la admisión a trámite de una denuncia o querrela sobre tales delitos deberá constatar la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la Comunidad Internacional, lo que se hará a través de los instrumentos de cooperación internacional existentes en cada momento, recabando de oficio información sobre tales extremos del Estado donde se hayan cometido presuntamente los hechos y de los organismos internacionales pertinentes (en especial la ONU).

Si la querellante o denunciante hubiera aportado indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes por la jurisdicción del lugar de comisión, se constatará, si no se hubiere hecho ya, la ausencia de actividad de la Comunidad Internacional.

Una vez obtenida respuesta, o transcurrido un plazo razonable sin ella, deberá decidirse sobre la propia jurisdicción y, por tanto, sobre la admisión o no a trámite de la querrela o sobre el archivo o no de la denuncia, teniendo en cuenta en último término el criterio de razonabilidad.

4. *Criterio de razonabilidad.*

Constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la Comunidad Internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos [8].

En Madrid a 3 de noviembre de 2005.

Notifíquese al Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Nacional con el ruego de que le dé la publicidad oportuna.

Póngase en conocimiento del Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y de Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico de drogas, del Ilmo. Sr. Magistrado-Juez Decano y del Sr. Abogado del Estado de la Audiencia Nacional.

El Presidente de la Sala de lo Penal.

Notas:

1. *Principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (...) [sin que] pueda entenderse como la*

forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre las posibles de las normas que la regulan (...) [sino] únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada (STC 26/10/2005, FJ 2).

2. *Sentencia citada, FJ 3, con cita del FJ 4 de la STC 87/2000, de 27 de marzo.*
3. *Sentencia citada, FJ 1 in fine, FJ2, FJ 3 al referirse a criterios interpretativos reguladores y FJ8 in fine.*
4. *STS núm. 1362/2004, de 15 de noviembre.*
5. *STC citada FJ 8 in fine y 9.*
6. *Una relación no exhaustiva de Convenios y Tratados se recogen en anejo a este Acuerdo.*
7. *Sentencia TC citada FJ 4, cuarto párrafo.*
8. *Voto particular a la STS de 25 de febrero de 2003.*

[Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional relativo a la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Guatemala.]

F: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/interp.html>

Nota: La literalidad del artículo 23.4 de la LOPJ era en el año 1985 y sigue siendo hoy absolutamente clara: el principio de justicia universal se aplica sin necesidad de que exista punto de conexión alguno entre los hechos objeto de enjuiciamiento y nuestro país: ni por la nacionalidad del autor, ni de la víctima, ni por la presencia del presunto criminal en nuestro territorio (Cfr. FJ 3.º STC 237/2005, de 25 de septiembre). A pesar de ello, la práctica de nuestros tribunales está lejos de ser pacífica. Aun cuando hubiera podido pensarse que la sentencia objeto de la presente nota, dictada en septiembre de 2005, ha servido para poner punto y final al ya demasiado largo cúmulo de resoluciones zigzagueantes sobre el particular, lo cierto es que la sentencia del TC ha sido objeto de «réplica» –a título de «mero diálogo institucional»– por parte del Tribunal Supremo en la sentencia dictada en junio de 2006 en el caso Falung Gong (Cfr. STS 645/2006, de 20 de junio, en particular FJ 3.º)–. Con todo ello en mente, abordaremos el estudio de tres aspectos que hemos considerado claves: la necesidad o no de que exista un punto de conexión con nuestro país, la aplicación concurrente o subsidiaria del principio, y, por último, la situación en la que queda el principio de justicia universal una vez aprobada la ley para la cooperación con la Corte Penal Internacional.

1. Aplicable sin necesidad de que exista punto de conexión con el estado español.

Como es conocido, fue la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso Guatemala la que defendió que el principio de justicia universal consuetudinariamente admitido exige la existencia de algún punto de conexión de los hechos con el Estado que pretenda su ejercicio, ya sea por la nacionalidad de la víctima, por la presencia del presunto criminal en el territorio de ese Estado o por la existencia de otro punto de conexión con intereses estatales. Sin embargo, esta sentencia fue aprobada por una ajustada mayoría, pues siete de los jueces de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo emitieron un voto particular para poner de manifiesto su desacuerdo con los criterios adoptados por la mayoría. Recurrida en amparo la sentencia del Supremo –por considerar, entre otras cosas, que la interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ llevada a cabo por el Tribunal Supremo constituía una violación del derecho a la tutela judicial efectiva– el Tribunal Constitucional mantuvo en la sentencia 237/2005 que «desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribu-

ción competencial» (Cfr. FJ 3.º STC 237/2005, de 25 de septiembre). Sin embargo, la polémica está lejos de haber quedado zanjada, tal y como lo demuestran el acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, poco tiempo después de conocerse la sentencia del TC, y la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el caso *Falung Gong*.

a) Sin necesidad de que haya víctimas españolas.

Uno de los posibles puntos de conexión a los que se refirió la sentencia dictada por el Tribunal Supremo fue la existencia de víctimas de nacionalidad española (Cfr. STS, 25 de febrero de 2003, FJ 9.º y pár. 2 del fallo). La sentencia 237/2005 dictada por el Tribunal Constitucional ha tachado tal interpretación de «radicalmente restrictiva» y de «reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la Ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del artículo 23.4 LOPJ» (Cfr. FJ 8.º STC, p. 18). Y es que, exigir la existencia de víctimas españolas supondría transformar el principio de justicia universal caracterizado, precisamente, por el atentado a intereses comunes a toda la Comunidad Internacional, en otro principio distinto, como es el de personalidad pasiva, vinculado a los intereses del Estado de la nacionalidad de las víctimas.

Reunido el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el día 3 de noviembre de 2005, con el fin de unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial, a la vista de la sentencia que había adoptado el Tribunal Constitucional, volvió a incurrir de nuevo en el «imperdonable error» de señalar que, como regla, deberá aceptarse la jurisdicción de los tribunales españoles, siempre y cuando se den los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y se haya descartado «la actuación de la jurisdicción del lugar del presunto delito y de la Comunidad Internacional», y siempre y cuando no se aprecie «exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos» (Cfr. Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional relativo a la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Guatemala, punto 4, adoptado el 3 de noviembre de 2005). Y decimos que incurre de nuevo en el «error» porque vuelve a considerar que el ejercicio de la jurisdicción universal no procede si se trata de hechos extraños y/o alejados respecto de España y el denunciante no acredita interés o relación con los hechos. Probablemente, la Audiencia Nacional aprovechó una afirmación no demasiado afortunada contenida en la propia sentencia del TC, cuando después de sostener categóricamente el carácter incondicional del principio de justicia universal, añadió a renglón seguido (la cursiva es nuestra): *«lo que acaba de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por anteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación»* (ibídem). Esta misma afirmación, que, a nuestro juicio sobraba, ha sido aprovechada por el Tribunal Supremo en el caso *Falung Gong* para poner en cuestión la tesis del Tribunal Constitucional sobre el carácter absoluto o incondicional del principio de justicia universal (Cfr. FJ 3.º de la STS, 645/2006, de 20 de junio).

Aunque es cierto que el TC podía haber explicado con mayor acierto lo que se pretendía afirmar, consideramos que tanto la Audiencia Nacional como el propio Tribunal Supremo omiten de manera interesada lo que el Tribunal Constitucional señaló a renglón seguido, —inmediatamente después de señalar la posibilidad de introducir criterios reguladores que pudieran restringir el ámbito de aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ—, pues sirve para hacernos una idea de que la intención del TC no fue nunca reintroducir los límites o condiciones a la aplicación del principio que acababa de rechazar, y que era del siguiente tenor literal: «en dicha labor

exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la Ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el artículo 24.1 CE». Como ha señalado Pigrau Solé la interpretación estricta de la LOPJ podría venir determinada por la correcta adecuación de los hechos a los tipos penales incluidos en el artículo 23.4 de la LOPJ, pero en ningún caso justificaría una reducción teleológica de la ley como la que se derivaría de exigir nuevos vínculos de conexión con el crimen (Cfr. PIGRAU SOLE, A., «A propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional», *REDI*, 2005-II, vol. LVIII, pp. 893-910, en particular p. 909).

b) Sin necesidad de que el presunto criminal se halle en territorio español.

La mayoría de los jueces de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo mantuvo, apoyándose en una supuesta norma consuetudinaria, que la presencia en España del presunto autor del crimen era una condición *sine qua non* para el ejercicio de la justicia universal en aquellos casos en que no existiera otro punto de conexión más estrecho. La sentencia 237/2005 del TC defendió la posición contraria, esgrimiendo que la sentencia del Supremo no había incluido una selección exhaustiva de referencias, pues se habían silenciado algunos elementos de juicio que apoyaban la tesis de la naturaleza absoluta del principio de justicia universal, y otros elementos que fueron expresamente mencionados no abonaban la tesis mantenida por el Supremo sino la contraria. Todo ello llevó al TC a concluir que «la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para su enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación. Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la Comunidad Internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución» (Cfr. FJ 7.º *in fine* de la STC 237/2005. En el mismo sentido, REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 57. En una línea similar se han manifestado SÁNCHEZ LEGIDO, A., en «La práctica española en materia de jurisdicción universal» *Curso de Derechos Humanos de Donostia San Sebastián*, pp. 14-15; PUEYO LOSA, J., «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en *Cooperación Jurídica Internacional* (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., y REMACHA TEJADA, J. R., Coord), 2001, pp. 196 y ss. En la doctrina extranjera, cfr. ORAKHELASHVILI, A., «International Decisions. Arrest Warrant of 11 April 2000», *AJIL*, vol. 96, 2002-2, pp. 677-685, p. 681).

A nuestro modo de ver, la pretensión de los tribunales penales internos de ejercer su jurisdicción sobre la base del principio de justicia universal *in absentia*, solicitando la extradición de la persona de que se trate al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre, no puede ser considerada como una actuación contraria al principio *de no intervención en asuntos internos* –como pareció sugerir el Tribunal Supremo–, máxime si con ello se consigue activar el mecanismo que ponga en marcha el enjuiciamiento del presunto autor de un crimen de esta naturaleza.

Nada habría que objetar, sino todo lo contrario, al comportamiento de nuestros tribunales, que cumplirán una labor fundamental como la de *alertar* del incumplimiento de la obligación internacional que está teniendo lugar –y que procede del Estado territorial y, en su caso, del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto criminal–, y la de *conminar* a esos mismos Estados a que cesen en su actitud de incumplimiento.

2. Principio aplicable en concurrencia con otros tribunales internos, pero con preferencia del territorial.

Dado que es generalmente admitido que el principio de territorialidad es el principio esencial de atribución de jurisdicción en materia penal, es natural que se haya planteado el momento a partir del cual puede entrar en juego el principio de justicia universal: ¿en cualquier momento desde que se producen los hechos o bien cuando los tribunales del estado territorial han demostrado de manera fehaciente su incapacidad o su falta de voluntad de enjuiciar a los responsables?; en este último caso, ¿cuándo puede considerarse que ha transcurrido el tiempo suficiente como para poder afirmar la incapacidad de actuación de los tribunales del estado territorial?

Como es bien conocido, fue la Audiencia Nacional la que en el caso Guatemala negó su propia competencia para conocer de los hechos objeto de la denuncia, esgrimiendo que no se había acreditado la *inactividad* de los tribunales guatemaltecos (Cfr. FJ 4.º del Auto de la Audiencia Nacional, de 13 de diciembre de 2000). Recurrída en casación, el Tribunal Supremo rechazó esa tesis, esgrimiendo, que el criterio de la subsidiariedad no estaba incluido en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y que, de haberlo estado, la forma en que había sido aplicado por la Audiencia Nacional no era satisfactoria, puesto que «determinar cuándo procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia», algo que, en opinión del Tribunal Supremo, no correspondería a los tribunales españoles, dada la trascendencia que una declaración de este tipo tendría en las relaciones que España mantiene con Guatemala. A juicio de la mayoría de los magistrados sería competencia del Gobierno por ser quien dirige la política exterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 de la Constitución (Cfr. STS, 25 de febrero de 2003, FJ 6.º. En esa misma línea cfr. *infra* RUIZ MIGUEL, C.; BERMEJO GARCÍA, R., «Una sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (Nota a la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional)», *REDI*, 2005-2, vol. LVII, pp. 911-924).

El Tribunal Constitucional viene rechazando igualmente el criterio de la subsidiariedad, tal y como fue interpretado por la Audiencia Nacional. Así, en una sentencia dictada años atrás defendió que el fundamento último del principio de justicia universal «radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes» (Cfr., STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4.º). Más recientemente, en la sentencia objeto de la presente nota, el Tribunal Constitucional ha mantenido que el principio de subsidiariedad no tiene por qué entenderse «como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido» (FJ 4.º STC 237/2005).

Dicho lo cual, continúa señalando el alto Tribunal, «para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes», pues al exigir la prueba de hechos negativos como la acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial «se enfrenta al actor ante la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio diabolica*» (Cfr. FJ 4.º STC).

Pues bien, el acuerdo adoptado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional señaló que «en aras a evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio de *ne bis in idem*, atendida la prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito (*locus delicti*) y de los Tribunales internacionales, antes de la admisión a trámite de una denuncia o querrela sobre tales delitos deberá constatarse la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la Comunidad Internacional». Esta cuestión nos conecta, aunque no lo diga expresamente, con la relación entre la Corte Penal Internacional y el principio de justicia universal.

3. Principio aplicable subsidiariamente ante delitos que sean de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Como es bien sabido el Estatuto de la Corte Penal Internacional se asienta sobre un principio esencial como es el de la complementariedad: la Corte sólo ejercerá su jurisdicción en aquellos casos en que, cumpliéndose los requisitos exigidos por el Tratado, los Estados no tengan capacidad y/o voluntad de actuar. La creación de la Corte Penal Internacional no ha supuesto la suplantación de las jurisdicciones nacionales por la jurisdicción internacional. De este modo se pretende primar la competencia de los tribunales nacionales sobre la de la Corte Penal Internacional, garantizando al mismo tiempo el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes internacionales. La pregunta que se suscitó desde el inicio fue la siguiente: ¿cuáles son las jurisdicciones internas que priman sobre la Corte Penal Internacional?

Desde el principio defendimos que no era conveniente realizar una interpretación de las disposiciones del Estatuto que supusiera atribuir a toda costa preferencia a las jurisdicciones internas frente a la Corte Penal Internacional. A nuestro juicio la Corte debe ceder su jurisdicción única y exclusivamente respecto de aquellos Estados que guarden alguna relación con los hechos de que se trate: porque los hechos se cometieron en su territorio o porque el autor o la víctima ostentan su nacionalidad. Si el Estado que pretende ejercer su jurisdicción lo hace actuando sobre la base del principio de justicia universal encontrará tantas o más dificultades que la propia Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento, dificultades prácticas y dificultades derivadas de la falta de cooperación del Estado en cuyo territorio hubieran podido cometerse las infracciones o del Estado en cuyo territorio se encuentre el autor del crimen (Cfr. QUEL LÓPEZ, F. J.; BOLLO AROCENA, M. D., *La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento contra la impunidad?*, Ed. Tecnos, 2001, pp. 147-168, en particular p. 160; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la UPV, Bilbao, 2004, pp. 572-573. En una línea similar, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, op. cit., pp. 302-319, en particular 319). Esta interpretación tiene cabida a la vista de la redacción del Estatuto de Roma, cuyas disposiciones incluyen expresiones un tanto vagas a la hora de referirse al título en base al cual los Estados ejercerán su jurisdicción, expresiones como «estado que tenga jurisdicción», «estado que pueda ejercer normalmente la jurisdicción».

Pues bien, la Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional, aprobada por nuestro Parlamento el 10 de diciembre de 2003, estableció en su artículo 7 el criterio de interpretación al que nos acabamos de referir: «2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud de un departamento ministerial,

en relación con hechos sucedidos en otros estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudiera tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio. 3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes».

Si interpretamos conjuntamente esta disposición y el propio artículo 23.4 de la LOPJ podemos llegar a la conclusión de que se ha producido una restricción de los supuestos en que nuestros tribunales podrán actuar sobre la base del principio de justicia universal: si los hechos se hubieran cometido más allá de nuestras fronteras y por nacionales de terceros Estados, hechos para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, el artículo 7 de la ley exige la abstención de los tribunales españoles y el deber de comunicar a los interesados su derecho a acudir directamente a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Sólo si la Corte decidiera no abrir una investigación o afirmara que el asunto es inadmisibile, nuestros tribunales tendrían la vía abierta para ejercer su jurisdicción sobre la base del principio de justicia universal (Cfr. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, 9 de enero de 2003).

Un sector de la doctrina se ha mostrado contrario al modelo de relación entre los tribunales españoles y la Corte Penal Internacional previsto en la LO 18/2003. Así, por ejemplo, OLLÉ SESÉ considera que el discutido artículo 7 contraviene el 23.4 de la LOPJ y el principio de complementariedad que preside el Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que le lleva a concluir la necesidad de modificar la ley, con el fin de lograr su armonización con la LOPJ y el Estatuto de Roma (Cfr. OLLE SESE, M., «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», *La Ley Penal*, año III, núm. 25, marzo de 2006, pp. 1-20, en particular pp. 17 a 20. En un sentido similar, cfr. QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional...*, op. cit., pp. 392-395). A nuestro juicio, sin embargo, el legislador español ha acertado al optar por considerar que la intervención de los tribunales españoles en aplicación del principio de justicia universal queda en un segundo plano en el caso de tratarse del enjuiciamiento de conductas respecto de las que pudiera ser competente la Corte Penal Internacional. Sólo después de que ésta haya decidido no abrir una investigación o haya declarado inadmisibile el asunto, los interesados podrían recurrir a nuestros tribunales. Lleva razón la profesora QUESADA cuando señala que deberían ser más los supuestos en los que la Audiencia Nacional podría ocuparse del asunto, y menciona un caso que nos parece de especial relevancia, como puede ser la situación que se puede llegar a dar si el Consejo de Seguridad llega a bloquear la actividad de la Corte Penal Internacional, utilizando el mecanismo recogido en el artículo 16 del Estatuto de Roma (Cfr. QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional...*, op. cit., pp. 392-395). Una resolución de bloqueo no deja maniatadas a las jurisdicciones nacionales –salvo que esta circunstancia quede explícitamente recogida en la resolución de bloqueo–, en cuyo caso los tribunales internos, también los españoles, podrían ejercer su jurisdicción sobre la base de cualquier título habilitante, incluido el de jurisdicción universal (cfr. la posición que mantuvimos sobre este particular respecto de las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) en BOLLO AROCENA, M. D., «La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas», *Anuario de Derecho Internacional*, 2004, vol. XX, pp. 375-408, en particular p. 405).

Por todo cuanto se ha expuesto no podemos sino compartir la posición mantenida por el TC en la sentencia 237/2005, negando la existencia de límites o condiciones a la aplicación

del principio de justicia universal en los términos indicados por el Tribunal Supremo en el caso Guatemala. Siendo esta la opinión que en conjunto mantenemos respecto del texto de la sentencia, es comprensible que no compartamos la opinión de quienes consideran que el Tribunal Constitucional ha cometido una «grave irresponsabilidad» por «dejar abierta la puerta a que los jueces determinen la política exterior», pues, desde su punto de vista, «el ejercicio de la jurisdicción universal puede originar conflictos diplomáticos que pueden poner en serio peligro importantes intereses del Estado. (...) No parece razonable que unos jueces no elegidos por el pueblo, no responsables políticamente ante él y que no tienen los elementos de juicio político que sí tiene el Gobierno deban ser los que condicionen la política exterior de ese pueblo. Este caso hubiese sido, por tanto, una buena ocasión para que el TC se hubiera autocuestionado la constitucionalidad del 23.4 de la LOPJ por su posible oposición al artículo 97 de la CE» (Cfr. RUIZ MIGUEL, C.; BERMEJO GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 921). A nuestro juicio, posiciones como las mencionadas no pueden mantenerse en un Estado democrático y de derecho, asentado sobre el principio de separación de poderes (Cfr. ESTEVE MOLTÓ, J. E., «El reconocimiento del principio de la jurisdicción universal en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional: el caso Guatemala», *Anuario de Derecho Internacional*, 2005, vol. XXI, pp. 519-533, en particular p. 523). Los tribunales de justicia deben aplicar las normas jurídicas al margen de todo condicionamiento político. Y la aplicación del principio de justicia universal no es ni debe ser una excepción. Debe ser el Parlamento, si lo considera oportuno, quien decida modificar las normas que después han de aplicar nuestros tribunales de justicia. Y nada nos hace pensar que el legislador español haya querido restringir la aplicación del principio de justicia universal, exigiendo la presencia de puntos de conexión como nacionalidad española de las víctimas o presencia en nuestro país del presunto criminal: la Ley Orgánica 3/2005 es una clara muestra de ello.

M.^a DOLORES BOLLO AROCENA

X. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

2006-80

DERECHO COMUNITARIO: Aplicación Derecho originario y derivado de la Unión Europea. Nulidad de contrato por contener cláusulas incompatibles con el Derecho Comunitario.

Fundamentos de Derecho

Tercero.—A dicho contrato de reventa o compra en firme le resulta aplicable el Derecho Comunitario, concretamente y por lo que ahora nos interesa, el artículo 81 del Tratado de Amsterdam (RCL 1999, 1205, 2084 y LCEur 1997, 3695) y los Reglamentos CE núms. 1984/83 (LCEur 1983, 295, 2796 y LCEur 1999, 4030), así como el Derecho Español y concretamente el Código Civil (LEG 1889, 27) (art. 6.3) y el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989, 1591).

Como señalaba la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de junio de 2003 (AC 2003, 2199), en un supuesto idéntico en lo esencial al que ahora se debate:

«A) Acerca de la inclusión del contrato en el ámbito prohibitivo del artículo 85 del Tratado CE.

Ha de considerarse incurso en la prohibición porque se trata de un contrato entre dos empresas cuyas cláusulas esenciales indudablemente tienen por objeto impedir o restringir el juego de la competencia mediante la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y de unos precios controlados por este último. [...]

Carente de tipificación en el Derecho español, el contrato litigioso, ha de considerarse sin embargo más especialmente tipificado en el Derecho Comunitario por el Reglamento 1984/83 (LCEur 1983, 295) modificado por el de 1989 y después por el de 1997 y 1999, que se dictó precisamente para determinar las condiciones en que podían quedar exentos de la prohibición del artículo 85 del Tratado CE (LCEur 1986, 8) los contratos de suministro de cerveza y los contratos de estaciones de servicio con pactos de exclusiva, clase esta última a la que pertenece el contrato litigioso.

Debe por tanto examinarse si el contrato litigioso cumple o no las condiciones establecidas en dicho Reglamento para que pueda considerarse exento de la prohibición.

[...]

En cuanto al contrato litigioso, de entrada podría considerarse amparado el Reglamento, en cuanto éste exime de la aplicación del artículo 85.1 del Tratado determinados contratos de estación de servicio con cláusulas de compra exclusiva de carburantes y combustibles por el revendedor al proveedor sin embargo entiende la Sala que no puede quedar amparado por la exención por cuanto según las cláusulas del mismo se aprecia claramente una práctica restrictiva prohibida cual es que el precio quede a determinación de la demandada así en el contrato en cuestión se establece en la cláusula sexta que los precios en tanto no estén liberalizados serán los que determine la parte demandada luego de antemano es la demandada la que impone los mismos, de igual modo, existe indeterminación en cuanto a los márgenes asignados a la actora ya que expresamente en el punto segundo de la misma cláusula se establece que estos serán los que se apliquen en la red de Estaciones de servicio Galp, con independencia se establece un incentivo de ventas de 2,50 pesetas litro, de lo que se infiere que con independencia del incentivo, el margen no se negocia sino que lo impone la parte demandada y esta indeterminación y fijación unilateral no solo es una práctica prohibida sino que implica ausencia en el contrato de uno de los requisitos esenciales que se extiende a la totalidad del negocio y que por su carácter oneroso hace que carezca de causa siendo así mismo de aplicación el artículo 1.261 del Código Civil (LEG 1889, 27).

No obstante lo anterior hay otras cláusulas que son claramente incompatibles con las condiciones establecidas en las normas comunitarias así respecto a la duración pactada le afecta la limitación del plazo de cinco años por cuanto en este caso el actor ni es arrendatario ni usufructuario que le permitiría acogerse a un plazo superior, sino que es propietario, por lo tanto al establecerse una duración de 10 años contraviene lo dispuesto en los reglamentos de Exención.

De lo dicho en el apartado anterior se desprende que el contrato debe ser declarado nulo de pleno Derecho por su incompatibilidad con el Derecho Comunitario y, en último extremo, por aplicación del artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989, 1591) interpretado según el Derecho Comunitario.

[...] procede la nulidad de pleno derecho porque la supresión de las cláusulas contrarias al Derecho Comunitario alteraría por completo la economía del contrato, procediendo por lo expuesto a estimar el recurso y con revocación de la sentencia dar lugar a la estimación de la demanda.»

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, Madrid, núm. 180/2005 (núm. 3), de 29 de julio.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-81

DERECHO COMUNITARIO: Alcance sentencia del Tribunal de Justicia: no es una fuente legal. Alegación de directiva comunitaria.*Fundamentos de Derecho*

Que la STJCE de 9 de julio de 1997 (TJCE 1997, 147), apoyo fundamental de la actora, convalide en virtud del anterior artículo 36 TCE (LCEur 1986, 8) (hoy artículo 30) la normativa holandesa que condena la práctica del segundo solicitante de autorización farmacéutica durante la vigencia de la patente, no es sin más una fuente legal que permita sostener su extensión directa a Estados que no reconocen dicha prevención con claridad o a solicitudes que no se van a presentar durante la vigencia de la patente. [...]

En consecuencia, la extensión de la protección de la patente que pretende la parte actora no puede ser acogida, pues, de un lado, a falta de una regulación expresa que solucione el problema el tratamiento que a la cuestión se le da en otros Estados diverge seriamente, no sin olvidar la inspiración contraria a lo pretendido que se deduce del artículo 10.6 de la Directiva 2004/27/CE (LCEur 2004, 1755) del Parlamento Europeo y del Consejo. [...]

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria, Santander (núm. 1), de 4 de julio de 2005. Ponente: Sr. D. José Arsuaga Cortázar.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-82

DERECHO COMUNITARIO: Aplicación de decisión comunitaria.*Fundamentos de Derecho*

Quinto.–[...] Publicada en el Diario Oficial núm. L, de 31 de julio de 2003, la Decisión del Consejo sobre Aplicación de la Directiva 72/166/CEE (LCEur 1972, 50), relativa a los controles sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos a motor, validando el Texto a los efectos del EEE, del Reglamento General del Consejo del Bureaux, aprobado en Asamblea General celebrada en Rethymno (Creta) en fecha 30 de mayo de 2002, que sustituye desde el 1 de agosto de 2003 (no desde el 1 de julio de 2003 como afirma la copia aportada por la demandada) al Convenio Tipo Interbureaux para la ejecución de las estipulaciones de las «Recomendaciones de Ginebra», adoptadas por el Council of Bureaux en Asamblea General celebrada los días 19 y 20 de octubre de 1989, así como al Convenio Multilateral de Garantía entre Oficinas Nacionales de Seguros de 15 de marzo de 1991; Decisión de la Comisión 91/323/CEE, de 30 de mayo de 1991 (LCEur 1991, 775) (DOCE núm. L, 177, de 5 de julio de 1991).

De tal texto, que unifica ambos convenios derogados, resulta de su artículo 11 que asumen las entidades aseguradoras asociadas en Bureaux los mismos criterios dispuestos por la Recomendación y Decisión de la Comunidad para la fijación del estacionamiento habitual, atendiendo a la matrícula; comprometiéndose y garantizando en el artículo 10, bajo una total reciprocidad, la indemnizabilidad de los daños causados, exista o no aseguramiento, al partir

de la presunción de seguro; no siendo ésta novedosa, al recogerse previamente en el artículo 1.d) del Convenio Multilateral de Garantía del 15 de marzo de 1991.

[...]

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria, Santander (núm. 3), de 27 de julio de 2005. Ponente: Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-83

DERECHO COMUNITARIO: Alegación jurisprudencia del TJUE.

Fundamentos de Derecho

Segundo.—[...] En efecto, la citada sentencia del Tribunal Constitucional pone de relieve, a través de su largo y trabajado contenido, dos objeciones fundamentales a la admisibilidad constitucional de las dos exenciones del Impuesto sobre Actividades Económicas que nos ocupan: a) el carácter real de este tributo, que impide la introducción de exenciones subjetivas; y b) la obligación constitucional de «todos» a contribuir, de acuerdo con su capacidad económica, al sostenimiento de los gastos públicos, conforme con el artículo 31.1 de la Constitución Española, que impide la posibilidad legal de introducir exenciones subjetivas que, como las introducidas en el artículo 83.1.c) de la Ley 39/1988 (RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851), propician situaciones discriminatorias en contra de determinados sujetos pasivos, criterio coincidente con el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. [...]

[...]

[...] Al margen de la injusticia tributaria que significa esta innovación en sí misma, económicamente frena la natural y deseable expansión empresarial de las sociedades mercantiles, en perjuicio de la economía nacional, distorsionando a la vez el mercado, no sólo el interior sino también el exterior, dado que crea situaciones más favorables para unos contribuyentes que para otros, situaciones que han sido repudiadas expresamente por la Sentencia de 15 de marzo de 1994 [asunto C-387/92 (TJCE 1994, 36)] del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

[Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cataluña, Barcelona, de 11 de noviembre de 2005.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-84

Fundamentos de Derecho

II.III.—Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Hacemos referencia al asunto Kalanke en interpretación del apartado 1 del artículo 2 de la directiva 76/2007 del Parlamento Europeo, que indica que: «El principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente».

Indica la Sentencia TJCE de 17 de octubre de 1995:

«22. Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta o incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.

23. Además, procede añadir que un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que solo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades.»

En este mismo orden de cosas, cito la STJCE 1994/27 Roks y otros, STJCE 14 de diciembre de 1995 Megner y Scheffel y TJCE 1998/142 Kathleen Hill que sienta la doctrina que no procede la aplicación de una medida (aún formulada de manera neutra) que perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres a menos que esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Este concepto se recoge en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores. SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska, de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz, de 4 de junio de 1992, asunto Bötél, o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

[Auto del Juzgado de Instrucción de Girona (Sección 2.ª), de 14 de octubre de 2005.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-85

Fundamentos de Derecho

Las medidas de «acción positiva» se admiten de modo uniforme en la promoción de la igualdad en el empleo para corregir desigualdades de hecho (Directiva 76/207/CEE), pero, como indica la sentencia de 17 de octubre de 1995 del TJCE (caso Kalanke), no caben medidas que vayan más allá del fomento de la igualdad de trato, ni por tanto medidas que supongan un perjuicio para alguien por la sola pertenencia al grupo de los varones, negándose validez a un sistema que asigne automáticamente prioridad a las mujeres.

[Auto del Juzgado de lo Penal de Castilla y León, Valladolid (Sección 1.ª), de 4 de noviembre de 2005.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-86

Fundamentos de Derecho

Cuarto.—Como bien aduce la parte recurrida de casación (y demandante en la instancia), la posterior sentencia de 25 de febrero de 1999 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea [asunto C-131/1997 (TJCE 1999, 37)] contribuye a confirmar la conclusión anterior:

Es una decisión prejudicial sobre la Directiva 82/76/CEE del Consejo, de 26 de enero (LCEur 1982, 68), por la que se modifica la Directiva 75/362/CEE (LCEur 1975, 156) (Directiva de Reconocimiento), así como la Directiva 75/363/CEE (LCEur 1975, 157) (Directiva de Coordinación), [...]

[...] en esta última sentencia de Luxemburgo no sólo se habla literalmente de «la necesidad de pagar una remuneración adecuada», sino que la obligación de hacerla efectiva se conecta con el propósito de que la formación lo sea a tiempo completo y se configura, por esta razón, como un medio necesario o inevitable para que el desideratum sobre ese nivel de formación no se vea comprometido por el ejercicio paralelo, a título privado, de una actividad profesional remunerada.

Lo cual descarta cualquier duda sobre que la exigencia de la remuneración apropiada solo podrá entenderse cumplida cuando la efectividad de su pago haya sido establecida en términos de necesidad y no de mera posibilidad.

[Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de la Contencioso-Administrativo (Sección 7.ª), de 3 de octubre de 2005. Ponente: Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-87

DERECHO COMUNITARIO: Cuestión prejudicial. Principio de primacía del Derecho Comunitario. Principio general de igualdad y no discriminación. «Eficacia vertical» de las directivas comunitarias. Interpretación conforme a normativa y jurisprudencia comunitaria. Alegación de Derecho originario y derivado de la Unión Europea. Alegación de jurisprudencia del TJUE y de TPI. Alusión al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

NORMATIVA APLICABLE

[...]

3. Normativa Comunitaria

Especial relevancia ocupa el artículo 13 del Tratado de la Unión (LCEur 1986, 8) [...]

Pero también interesa destacar su artículo 136 [...]

Y a esta norma se vincula el artículo 137 [...]

[...]

De este elenco normativo «originario» deriva la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta norma fija con rotundidad en su articulado la radical prohibición de discriminar en el empleo por las diversas señas identitarias en ella referidas: edad, religión o convicciones, discapacidad y orientación sexual.

[...]

El proyecto de Constitución Europea (RCL 1978, 2836), aun no siendo una norma de actual aplicación, pero sí válida en cuanto refiere el sentir común hacia el que caminamos, establece en su artículo I.3 y entre sus objetivos que: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño».

Su artículo II-81 (RCL 1978, 2836) nos indica que: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

Fundamentos de Derecho

Primero.—Razonamientos jurídicos que justificarían el planteamiento de la cuestión prejudicial

[...]

No existe a mi entender ninguna posibilidad interpretativa que permitiera llegar a otra conclusión acerca del significado y aplicación de esta norma con rango de Ley dentro del ordenamiento interno español, por lo que, por su especificidad para el caso concreto que juzgo, debería aplicarla, estimando la licitud del cese del trabajador que cumpliera la edad de jubilación y los demás requisitos exigidos para tener derecho a una pensión pública, a no ser que fuera contraria al ordenamiento comunitario y en tal caso deviniera inaplicable conforme el principio de primacía

[...]

Debe partirse de un criterio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del que es reflejo la STJCE dictada en el asunto C-442/00 (TJCE 2002, 375) Rodríguez Caballero y cuyos razonamientos se transcriben parcialmente:

«30. Por lo que se refiere a la existencia de tales exigencias, procede recordar, por una parte, que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, y, por otra, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria. Por consiguiente, éstos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias [véanse las sentencias de 24 de marzo de 1994 (TJCE 1994, 40), Bostock, C-2/92, Rec. p. I-955, apartado 16, y de 13 de abril de 2000 (TJCE 2000, 80), Karlsson y otros, C-292/97, Rec. p. I-2737, apartado 37].

31. Cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia [sentencias de 18 de junio de 1991 (TJCE 1991, 213), ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 42, y de 19 de noviembre de 1998 (TJCE 1998, 283), SFI, C-85/97, Rec. p. I-7447, apartado 29)].

32. Entre los derechos fundamentales figura, en particular, el principio general de igualdad y no discriminación. Este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente [véanse, por ejemplo, las sentencias de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 198), Jippes, C-189/01, Rec. p. I-5689, apartado 129, y de 23 de noviembre de 1999 (TJCE 1999, 277), Portugal/Consejo, C-149/96, Rec. p. I-8395, apartado 91].»

En términos similares se ha expresado el Tribunal de 1.ª Instancia en el asunto T-219/02 y también el Abogado General en las conclusiones al caso C-144/04.

[...]

Basta traer al caso lo dicho en el asunto C-15/96 asunto Kalliope Schöning-Kougebeto-poulou en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no tuvo reparo alguno en declarar contrario al derecho comunitario por discriminatorio un convenio colectivo sentando el criterio de que «El Juez nacional está entonces obligado, sin pedir o esperar a la previa eliminación de esta cláusula mediante la negociación colectiva o cualquier otro procedimiento, a aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen que se aplica a los demás trabajadores».

[...]

Como consecuencia de todo lo que hasta ahora se acaba de indicar, considero que el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78 constituyen normas precisas e incondicionales que pueden ser directamente aplicables al caso, lo que me obliga, en consonancia con la primacía de la norma comunitaria, a no deber aplicar la Ley interna, en este caso la Ley 14/2005, cuestión que en todo caso dejo planteada para fijar, con mayor seguridad jurídica, un criterio aplicativo de la interpretación que me proporcione el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

[...]

Los términos fijados en el convenio colectivo de aplicación cuando se pacta la jubilación forzosa no resultarían compatibles con esta Ley nacional, cuestión que de este modo puedo dejar resuelta aplicándola e interpretándola conforme la normativa y jurisprudencia comunitaria (entre ella la sentencia citada al caso C-15/96), pero sin por ello tener que interrogar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de la legitimidad de este convenio colectivo.

[Auto del Juzgado de lo Social de la Comunidad de Madrid, Madrid (núm. 33), de 14 de noviembre de 2005. Ponente: Sr. D. José Pablo Aramendi Sánchez.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-88

DERECHO COMUNITARIO: Mención Derecho originario y derivado de la Unión Europea. Mención del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Fundamentos de Derecho

El artículo II-83 de la Constitución Europea establece: «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de trabajo, empleo y retribución.

[...]

En el artículo 141.4 del Tratado CE, cuyo contenido reiteran la Directiva 2002/73/CE y la Propuesta de Directiva 2004/0084(COD), anunciando ya cuál es el ámbito «natural» de estas medidas, se establece que «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales». En la Directiva 2000/43/CE, en relación con la aplicación de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, su artículo 5, bajo el epígrafe de «acción positiva», se refiere a las «medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto».

[Auto del Juzgado de lo Penal de Castilla-La Mancha, Albacete (Sección 2.ª), de 19 de octubre de 2005. Ponente: Sra. D.ª Julia Patricia Santamaría Matesanz]. En el mismo sentido vide. Auto del Juzgado de lo Penal de Castilla-La Mancha, Albacete (Sección 2.ª), de 11 de noviembre de 2005. Ponente: Sra. D.ª Julia Patricia Santamaría Matesanz; Auto del Juzgado de lo Penal de Castilla-La Mancha, Albacete (núm. 2), de 15 de diciembre de 2005. Ponente: Sra. D.ª Julia Patricia Santamaría Matesanz; y Auto del Juzgado de lo Penal de Castilla-

La Mancha, Albacete (núm. 2), de 5 de diciembre de 2005. Ponente: Sra. D.^a Julia Patricia Santamaría Matesanz.]

F.: *Aranzadi Westlaw*.

2006-89

DERECHO COMUNITARIO: Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios. Reconocimiento de títulos universitarios entre Estados miembros.

Fundamentos de Derecho

Primero.—[...] el Real Decreto y Orden antes citados, tal y como establecen sus respectivas Exposiciones de motivos tienen por objeto suprimir los obstáculos que existían para la libre circulación en el ámbito comunitario de los ciudadanos de los países que estén en posesión de títulos, como el que hoy nos ocupa y favorecer su movilidad, de acuerdo con lo previsto en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (LCEur 1986, 8), por lo que la aplicación del artículo 5.b) del Real Decreto 1665/91 (RCL 1991, 2783), sólo será procedente cuando efectivamente exista esa diferencia sustancial entre las materias cubiertas por el título español y el europeo, cuyo reconocimiento se solicita

[Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de la Contencioso-Administrativo (Sección 7.^a), de 27 de octubre de 2005. Ponente: Sr. D. José Díaz Delgado.]

F.: *Aranzadi Westlaw*.

2006-90

DERECHO COMUNITARIO: Planteamiento de cuestión prejudicial: apreciación por el juez nacional de su pertinencia. Doctrina del «acto claro». Posible vulneración del Derecho Comunitario por una norma de Derecho interno: no procede. Desarrollo de Directiva comunitaria.

Fundamentos de Derecho

Cuarto.—[...] corresponde a esta Sala apreciar la pertinencia del planteamiento de la cuestión, lo que supone precisamente atenerse a la doctrina de la Sentencia Cilfit antes citada. [...] Desde luego, tenemos facultades para la aplicación y ejercicio del derecho europeo, y así la Sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998, 4782) ha declarado que los jueces nacionales, en nuestra condición de jueces comunitarios, estamos obligados a salvaguardar la efectividad del derecho comunitario y su supraordenación al derecho interno conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.

Partiendo de estos presupuestos resulta decisivo atenerse a lo que establece el párrafo 3 en relación con el párrafo 2 del artículo 234 del Tratado de la Unión (LCEur 1986, 8). El párrafo 3 citado se refiere a la obligación de someter la cuestión al Tribunal de Justicia cuando se trate de un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso de derecho interno. Pero ello debe interpretarse valorando que así sucederá cuando se plantee una cuestión respecto a la que se estime necesaria una decisión del Tribunal Europeo para poder emitir el fallo.

Pues bien en el presente caso debe partirse del que hemos destacado como hecho previo en un Fundamento de Derecho anterior, a saber, que el interés de las entidades recurrentes se refiere a la exportación, no solo de productos farmacéuticos de precio libre sino también de productos de precio intervenido lógicamente inferior o más bajo. Resulta capital la consideración de que el Real Decreto impugnado en modo alguno afecta ni puede afectar a la exportación y al comercio paralelo de los productos farmacéuticos de precio libre, respecto a lo que nadie discute que puede realizarse un comercio triangular o paralelo, y respecto a los que sería plenamente aplicable el artículo 29 del Tratado de la Unión.

Ello nos lleva a la conclusión de que entre el presente caso y los planteados al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no se produce una identidad de supuestos de hecho [...]

Debemos rechazar por tanto el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, pues entendemos, precisamente en aplicación de la doctrina del acto claro antes citada, que el ordenamiento comunitario no resulta contravenido cuando el Gobierno español adopta una medida que sólo de modo indirecto afecta a las exportaciones de medicamentos y sobre todo que sólo afecta a la de aquellos cuyo precio es un precio industrial intervenido, debiendo tenerse en cuenta que la finalidad del Real Decreto no se refiere sólo a eventuales cuestiones de lucro de los mayoristas sino también a evitar el desabastecimiento de productos farmacéuticos financiados con cargo a la Seguridad Social o con fondos afectos a la sanidad pública. Por último debemos añadir, aunque sobre ello hemos de volver al dar respuesta a las alegaciones de las partes, que el Reglamento que se impugna se dicta en aplicación del artículo 100.2 de la Ley del Medicamento (RCL 1990, 2643), el cual establece el sistema de precios industriales intervenidos de los fármacos, y respecto a dicha Ley no parece que pueda plantearse tacha de contravención al derecho de la Comunidad Europea como han apreciado los mismos órganos de dicha Comunidad. En todo caso es claro que no se trata de que se plantee la cuestión respecto a dicha Ley.

Por todo ello estimamos que no es pertinente el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, ya que a la vista de los hechos no es indispensable tal planteamiento para poder emitir el fallo. [...]

Quinto.—[...] Dicho esto hemos de entrar en el examen de si se está vulnerando el derecho comunitario al dictarse el Real Decreto impugnado 725/2003, de 13 de junio (RCL 2003, 1608). Dos son las cuestiones principales que se plantean al respecto y que debemos examinar, sin perjuicio de pronunciarnos sobre una tercera complementaria. Tales cuestiones se refieren a la pretendida vulneración del artículo 29 del Tratado de la Comunidad que prohíbe las restricciones a la exportación o la adopción de medidas de efecto equivalente, lo que a su vez supone o constituye una contravención del artículo 10 del Tratado puesto que el libre comercio entre los Estados miembros es una finalidad, y finalidad destacada, de la Unión Europea. Pues bien, ante todo es claro que el Real Decreto no supone la adopción de una medida restrictiva respecto a las exportaciones, al menos de modo directo. [...]

En cuanto a la cuestión planteada de que no se trata de la actividad de la Administración española, sino de que ésta hace posible una actuación de los operadores económicos que restrinja la exportación y se trate por tanto de una medida de efecto equivalente, la cuestión está ligada desde luego íntimamente al fondo del proceso.

Por lo que se refiere a este fondo no podemos dejar de considerar, como ya se ha indicado repetidas veces, que no se trata de la exportación de productos de precio libre respecto a los que las medidas adoptadas por el Real Decreto no tienen efecto ninguno, sino a la exportación de productos de un precio industrial intervenido. A su vez ello se encuentra relacionado con la segunda contravención importante del derecho comunitario que se alega, es decir, la contravención de los artículos 81 y 82 del Tratado, relativos a los procedimientos anticompetitivos y al abuso de posición dominante en el mercado. [...] es claro, que entrar en competición en el mercado internacional vendiendo a precios más altos productos adquiridos a un precio industrial

intervenido que se establece para atender a las necesidades sanitarias de la población española y que no puede perder de vista el abastecimiento de los medicamentos, resulta más que dudoso que se atenga a las reglas de una libre competencia ejercida del modo leal que establecen tanto el Derecho comunitario como el Derecho interno español. Por tanto las alegaciones de contravención de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión deben ser rechazadas.

[...]

Sexto.—Declarado lo anterior, de lo que se deduce que el Real Decreto (RCL 2003, 1608) que se impugna no contraviene el derecho comunitario [...]

[Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de la Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª), de 20 de junio de 2005. Ponente: Sr. D. Mariano Baena del Alcázar.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-91

DERECHO COMUNITARIO: Vulneración del Derecho Comunitario: inexistencia.

Fundamentos de Derecho

Cuarto.—[...] Desde estas consideraciones y por lo que se refiere a la observancia de las normas de Derecho Comunitario, las partes reconocen y así se refleja en la respuesta dada el 27 de enero de 2005 por la Comisión europea a las preguntas parlamentarias relativas al Real Decreto aquí impugnado, aportada a los autos por la representación de la codemandada Grupo Leche Pascual, SA, que no existen a nivel comunitario normas armonizadoras en relación con la definición de «yogur» y su fabricación o comercialización.

En cuanto a otras normas y actos comunitarios que incidan en la materia y que también refieren las partes pueden señalarse: el Reglamento 1898/87 del Consejo, de 2 de julio, relativo a la protección de la denominación de la leche y de los productos lácteos, en cuyo artículo 2.2, en relación con el Anexo, considera como productos lácteos, entre los que se encuentra el yogur, los derivados exclusivamente de la leche, previsión cuyo cumplimiento en este caso ni siquiera se pone en cuestión por la recurrente.

Más interés tiene la Directiva 2000/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, en cuyo artículo 5 dispone que la denominación de venta de un producto alimenticio será la prevista en las disposiciones comunitarias aplicables y, a falta de éstas, la prevista en las disposiciones legales aplicables en el Estado miembro en el que tenga lugar la venta al consumidor final, y en defecto de lo anterior, por el nombre consagrado por el uso en el referido Estado miembro, o por una descripción del producto lo suficientemente precisa para permitir al comprador conocer su naturaleza real y distinguirlo de los productos con los que pudiera confundirse.

Dicha previsión se completa con la Comunicación interpretativa 91/C 270/02 de la Comisión, según la cual, un Estado miembro determinado, podrá denegar legítimamente a un producto que, tras haber sido sometido a un determinado tratamiento, ya no contenga «bacterias vivas», la denominación de yogur o cualquiera otra denominación que incluya una referencia al yogur. [...].

Resulta de ello que en casos como el presente, de falta de disposición comunitaria que establezca la denominación para el producto, habrá de estarse a la establecida por el Estado miembro en el que tenga lugar la venta al consumidor, pero sin perder de vista, que como criterios subsidiarios se establece el nombre consagrado por el uso o una descripción del pro-

ducto que garantice la seguridad al consumidor sobre su naturaleza y características que le permita distinguirlo de otros productos con los que pudiera confundirse, es decir, y como señala la Respuesta de la Comisión a las preguntas parlamentarias antes citada, por referencia a la Directiva 2000/13/CE, «el etiquetado de un producto alimentario no debe inducir a error al consumidor en cuanto a las características del producto alimentario, en particular en cuanto a su naturaleza, cualidades, composición y modo de fabricación».

[...]

Séptimo.—Tampoco es de acoger la alegación de nulidad de la disposición adicional segunda de dicha norma reglamentaria [...], fundamentalmente, porque el reconocimiento mutuo viene impuesto por los artículos 28 y 30 del Tratado CE (LCEur 1986, 8), que tienen efecto directo, por lo que no precisan de una traslación a la norma interna, señalando la Comunicación interpretativa de la Comisión 2003/C265/02, sobre aplicación práctica del reconocimiento mutuo, que no obstante, como quiera que en algunos casos la presencia de una norma técnica nacional disuade a los operadores económicos de comercializar sus productos en el territorio del Estado miembro en cuestión, la Comisión trata de que en las legislaciones de los Estados miembros se incluya una cláusula de reconocimiento mutuo destinada a lograr que se aplique correctamente dicho principio, finalidad que cumple la disposición adicional segunda del Real Decreto 179/2003 (RCL 2003, 468), sin que se cuestione su adecuación a las exigencias del Tratado, que constituye el su marco de legalidad.

[Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª), de 10 de octubre de 2005. Ponente: Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2006-92

Fundamentos de Derecho

Cuarto.—De igual forma procede rechazar las alegaciones sobre la supuesta infracción del derecho comunitario y de la jurisprudencia que se cita, pues el Real Decreto, se refiere exclusivamente a determinadas actuaciones sobre las especialidades farmacéuticas que se suministran en territorio español y que además estén financiadas con cargo a los fondos de la Seguridad Social, y por tanto, para nada se refiere, ni a la importación o exportación de los mismos, ni establece medida restrictiva alguna de las ventas a consumidores finales de otros estados miembros, en definitiva se refiere exclusivamente al comercio interior y en unos supuestos concretos, que resultan definidos y previstos en la Ley 25/1990 (RCL 1990, 2643) artículo 100.

[Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª), de 21 de junio de 2005. Ponente: Sr. D. Antonio Martí García.]

F.: Aranzadi Westlaw.

