

III. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

Coordinación a cargo de:

Francisco Javier QUEL LÓPEZ

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

2007-1

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. En definitiva lo que se pide a la Sala en el presente recurso de apelación es determinar en qué forma, modo y medida el Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 1992 ha afectado el contenido e interpretación del Tratado de Recono-

* La presente crónica abarca el primer semestre de 2006 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 Oscar Abalde Cantero, Nicolás Alonso Moreda, M.^a Dolores Bollo Arocena y Juan Soroeta Licerias. Conviene advertir que se ha incluido exclusivamente la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles en su función de interpretación y aplicación de normas internacionales.

cimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay de 19 de julio de 1870, ratificado en la citada fecha de 28 de enero de 1883.

Ciertamente, el artículo 18 del Tratado de 23 de julio de 1992 General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, Anexo y Acuerdo Económico integrante del mismo (BOE 131/1994, de 2 junio 1994) mantiene la vigencia de los Tratados y Acuerdos anteriores en tanto no resulten incompatibles, es decir, sigue vigente el Tratado de 1870, del Tratado de 1992 la Abogacía del Estado manifiesta que la legislación ha cambiado y a lo único que se compromete el Estado Español respecto a los Uruguayos en España en el artículo 14 es «... Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales por cuenta ajena será gratuita...», es decir, a dar «facilidades», no obstante, aplicarles integralmente la legislación de extranjería no se puede afirmar que sea dar «facilidades» a los uruguayos, dar facilidades significaría concederles el permiso de trabajo y residencia salvo excepciones como pueden ser actividades delictivas etc., es decir, analizando en su conjunto el artículo 8 del Tratado de 1870 y 14 de 1992 la Administración no puede denegar el permiso de trabajo y residencia a un uruguayo con una simple certificación de existencia de demandantes de empleo en el sector de empleadas del hogar, tengamos en cuenta que el artículo 14 conectando con el artículo 8 del Tratado de 1870, nos dice «... en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades...», además, la Sala entiende que el Tratado de 1992 va más allá de dar simples facilidades a los uruguayos sino que analizado en su conjunto quiere dar a los nacionales de este Estado un trato jurídico similar a los ciudadanos de los Estados de la Unión Europea al menos en materia de permisos de trabajo y residencia, la prueba nos la ofrece el artículo 15 del propio Tratado de 1992 «... Los nacionales españoles y uruguayos podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no son nacionales, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado...» si bien el precepto precisa de un acuerdo complementario entre ambos estados vemos que la perspectiva del mismo va más allá de un simple Tratado de Amistad y Cooperación, igualmente con objeto de dar «facilidades» y siguiendo la perspectiva de equiparar a los ciudadanos uruguayos con el resto de ciudadanos de la Unión Europea la existencia del Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 1 de diciembre de 1997 (BOE 47/2000, de 24 febrero 2000), o el hecho previsto en el artículo 13«... en aquellos países en los que no existan oficinas consulares de una de las Partes, sus nacionales podrán acudir a la oficina consular de la otra y solicitar asistencia...» sobre asistencia consular mutua.

En definitiva, la Sala, tras examinar la normativa citada por la Abogacía del Estado, entiende que se debe mantener la sentencia recurrida a pesar del Tratado de 1992 que se acaba de estudiar.

[Sentencia TSJ Comunitat Valenciana núm. 411/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 14 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Edilberto José Carbón Lainez.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/35029.

En este mismo sentido:

[Sentencia TSJ Balears núm. 322/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 30 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Fiol Gomila.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/152947.

[Sentencia TSJ Madrid núm. 23/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 12 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/155722.

En sentido contrario:

[Sentencia TSJ Madrid núm. 182/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.^a), de 14 de febrero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Valeriano Palomino Marín.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/128094.

2007-2

TRATADOS INTERNACIONALES.–Interpretación y aplicación de tratados internacionales. Asunto: accidente avión Yakolev 42D, el día 26 de mayo de 2003.

Fundamentos de Derecho

Cuarto. Naturaleza jurídica del vuelo.

El vuelo era un transporte aéreo de carácter internacional, de naturaleza civil y no militar sometido al Convenio de Varsovia sobre Transporte Aéreo de 12 de octubre de 1929 (RCL 1931/910) modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 (RCL 1973/1030) ratificado por Ucrania.

Los militares españoles realizaban el trayecto de regreso de una misión humanitaria en Afganistán, con trayecto Kabul-Bishkek-Trabzon-Zaragoza-Madrid.

La aplicación del Convenio de Varsovia se admite por las partes codemandadas personadas.

Quinto. Imputación subjetiva de responsabilidad

Los codemandantes interesan una responsabilidad civil solidaria para afrontar las consecuencias dañosas del siniestro aéreo, pero los títulos de imputación por culpa son diferentes.

5.a) Responsabilidad civil ilimitada de UM Air.

Dado el carácter internacional del vuelo conforme al artículo 1.º del Convenio de Varsovia (RCL 1931/910), en el artículo 17 se establece un principio de responsabilidad objetiva del transportista-porteador: «El porteador es responsable del daño ocasionado, en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal sufrida por cualquier viajero, cuando el accidente que ha causado el daño se haya producido a bordo de la aeronave o en el curso de todas las operaciones de embarque y desembarque».

En el artículo 22 se establece un límite cuantitativo de la responsabilidad objetiva del transportista y así «... en el transporte de personas, la responsabilidad del transportista, con respecto a cada pasajero, se limitará a la suma de 250.000 francos».

La codemandada UM Air, en las dos audiencias previas celebradas, manifestó su conformidad en la aplicación del Convenio de Varsovia, en el caso de que se demostrase la responsabilidad del transportista, si bien con la limitación financiera de dicho Convenio, expuesta anteriormente y que equivale aproximadamente a 130.000,

Sin embargo, los demandantes consideran que no procede aplicar el límite de responsabilidad objetiva, de conformidad con el artículo 25 «Si se prueba que el daño es resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes, con intención de causar daño o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría el daño...».

Además, como no consta probado que no se expidieron billetes a los pasajeros ni se les informó de posibles límites de responsabilidad, de conformidad con el a.3 C) «... Sin embargo, sí, con el consentimiento del transportista, el pasajero se embarca sin que se haya expedido el billete del pasaje, o si este billete no comprende el aviso exigido por el párrafo 1 c), el transportista no tendrá derecho a ampararse en las disposiciones del artículo 22», se entendería que no entra en juego la limitación de responsabilidad.

[...]

Asimismo, aunque no sea necesario porque consideramos aplicable el artículo 3 C), entendemos que también se puede subsumir la cadena de errores en la gestión empresarial referida en los hechos probados como encajable en la exoneración del límite financiero de la responsabilidad porque existe culpa grave, encardinable en la figura del dolo eventual, ya que valorando la teoría del dominio, expuesta por el perito Sr. Jiménez, en la que concluyó que UM Air no pasaría actualmente una auditoría de seguridad aérea internacional, es evidente, que las acciones y omisiones graves de la Cía. Aérea son calificables civilmente como culpa grave.

5.b) Responsabilidad civil ilimitada de Chapman Freeborn.

[...]

En la primera parte del contrato de 1 de febrero de 2002 en «obligaciones del contratista» Chapman se comprometía a facilitar una aeronave adecuada y una tripulación de vuelo y un personal de mantenimiento debidamente cualificado.

Eran, también, obligaciones del contratista:

a) Mantener la aeronave en plena y segura condición operativa, y completamente preparada para el vuelo durante la duración de este contrato, de conformidad con las Leyes y regulaciones que sean conformes a las reglas, normas, estándares y prácticas recomendadas internacionales, en particular el Anexo 8 del Convenio sobre la Aviación Civil Internacional (RCL 1969/2328).

b) Operar la aeronave con seguridad en todo momento y de conformidad con las Leyes y regulaciones que sean conformes a las reglas, norma, estándares y prácticas recomendadas internacionales, en particular el anexo 6 del Convenio sobre la Aviación Civil Internacional.

[...]

La fundamentación jurídica de la demanda acumulada contra Chapman Freeborn se basa en el ejercicio de las acciones por responsabilidad civil contempladas en el Convenio de Varsovia sobre Transporte Aéreo Internacional de 12 de octubre de 1929 (RCL 1931/910), reforzado por Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 (RCL 1973/1030), ratificados por España, Alemania y Ucrania, así como por el Convenio complementario al de Varsovia, denominado Convenio de Guadalajara para unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional efectuado por una persona distinta al transportista de hecho, celebrado en Guadalajara el 18 de septiembre de 1961, vigente desde 1 de mayo de 1964 y ratificado por Alemania en 2 de marzo de 1964, estado del domicilio de la demandada Chapman.

Este juzgador comparte la doble vertiente de responsabilidad ilimitada de Chapman como transportista contractual de derecho del vuelo siniestrado, en base a los artículos 1, 2 y 3 del Convenio de Guadalajara, ya que no se aseguró de que las aeronaves subcontratadas reunieran las medidas de Seguridad técnicas y de tripulación adecuada, y de Seguro de accidentes que le exigía el contrato de NAMSAs y a su vez, por culpa in eligendo e in vigilando, asume legalmente el transportista contractual, la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los actos y omisiones realizados por el transportista de hecho UM Air.

[...]

Sexto. Determinación cuantitativa de las responsabilidades civiles

6.a) Consideraciones generales.

En el Fundamento Jurídico 5.º hemos resuelto que no resulta aplicable la limitación financiera de responsabilidad del artículo 22 del Convenio de Varsovia (RCL 1931/910) porque se

excepciona ex artículos 3.c) y 25 del referido Convenio. En consecuencia, UM Air y Chapman, responden solidaria e ilimitadamente de las indemnizaciones que fijemos en esta resolución, si bien Chapman lo hará desde 75.001 dólares estadounidenses en adelante, como ya hemos resuelto.

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, Zaragoza (núm. 2), de 10 de febrero de 2006.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-3

TRATADOS INTERNACIONALES.—Interpretación y aplicación de tratados internacionales.

Fundamentos de Derecho

Tercero. [...] En cuanto a la devolución de los inmigrantes a Marruecos se encuentra prevista en el artículo 1 del Convenio de 13 de febrero de 1992, entre el Reino de España y el de Marruecos [BOE 25/04/1992, (RCL 1992/956)] en cuyo artículo 1 se establece que «las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán en su territorio, a petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, a los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio de este último procedente del Estado requerido».

Por tanto, y debido a que dicho tratado forma parte del ordenamiento interno [«ex» art. 96.1 de la CE (RCL 1978/2836)], puede decirse que dicha devolución a Marruecos encuentra amparo normativo en el citado convenio.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de enero de 1990 (RCL 1994/1000), ratificado en nuestro país por Instrumento de 23 de julio de 1993 (BOE 05/04/1994), suprimió las fronteras interiores entre los Estados signatarios, creando una única frontera exterior, en la que habrán de efectuarse los controles de entrada al espacio Schengen con arreglo a criterios y procedimientos homogéneos para todos los Estados parte.

De hecho, el artículo 5.1 del Convenio exige una serie de requisitos para los extranjeros, de documentación, visado, etc., que no cumplan los setenta y tres inmigrantes devueltos. Por tanto, en aplicación de artículo 23.1 del citado Convenio (RCL 1994/1000) se exige que «El extranjero que no cumpla... las condiciones de corta estancia aplicables en el territorio de una de las Partes Contratantes deberá, en principio, abandonar sin demora el territorio de las Partes Contratantes».

Por tanto, la devolución de quienes no reúnan tales condiciones viene exigida no sólo por la policía de fronteras que debe realizar los servicios de la Administración del Estado, sino también en cumplimiento de tales compromisos internacionales, y en el caso del Acuerdo Schengen se encuentra integrado en el marco de la Unión Europea mediante el Tratado de Amsterdam (RCL 1999/1205, 2084 y LCEur 1997/3620).

Todo lo anterior conduce a la conclusión de que la Delegación del Gobierno actuó conforme a la legalidad al ordenar las devoluciones.

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía, Melilla, núm. 113/2006, de 24 de febrero.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-4

TRATADOS INTERNACIONALES.—Alegación de instrumentos y/o tratados internacionales.*Razonamientos jurídicos*

Tercero. [...] La ponderación de los intereses en conflicto lleva a la consideración de que resulta prevalente el interés público de recuperación de la memoria histórica y del patrimonio histórico material e inmaterial, mediante la investigación y reconocimiento de los hechos históricos y posible identificación de personas enterradas, si ello fuera posible, y ello tanto en aplicación de la legislación internacional, como de nuestra legislación.

El Convenio III y IV y el Protocolo a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, en relación con el trato que debe darse a los restos de las personas desaparecidas y fallecidas en los conflictos bélicos, las Resoluciones de Naciones Unidas, 44/162 de 4 de diciembre de 1989, 47/133 de 18 de diciembre 1992, invocadas por la asociación recurrente, sobre el derecho a la investigación de las desapariciones forzadas, y el derecho de la sociedad y de los familiares afectados a conocer los hechos ocurridos, así como las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, aprobadas el 17 de marzo de 2006, que instan a las autoridades españolas a localizar y abrir fosas comunes, donde fueron enterradas la víctimas de la dictadura y promover la memoria de éstas.

La falta de respeto debido a la memoria de los muertos, sancionado en el Código Penal y el derecho al honor de las personas fallecidas que dispone la Ley orgánica 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano y la de Patrimonio Histórico Español que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, resultan de aplicación, para el conocimiento de personas y hechos históricos que han permanecidos ignorados, y afectan al interés público prevalente de la recuperación de la memoria y patrimonio histórico de una sociedad que defiende la dignidad, la igualdad y la justicia proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Constitución Española, porque es necesario conocer la experiencia histórica para asumir la historia y para afianzar el respeto, el pluralismo y la democracia.

[Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana, Valencia, de 12 de mayo de 2006.]

F.: Aranzadi Westlaw.

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

2007-5

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

Séptimo.—La cuestión que se ventila en este pleito thema decidendi se circunscribe a determinar si el Ayuntamiento puede proceder a la realización de las mediciones sónicas de los

ruidos generados por la actividad aeroportuaria, tanto de día como de noche, en las calles, plazas y casas del municipio.

En lo que se refiere a las competencias en este sector, el artículo 149.1.20.º de la Constitución establece la competencia exclusiva del Estado en materia de aeropuertos de interés general, control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, además de matriculación de aeronaves. Estas competencias las desarrolla a través del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) que fue constituido mediante el RD 905/1991. Este Ente público ejerce funciones en materia de navegación aérea y en materia de aeropuertos.

Razón tiene la defensa del Ayuntamiento al manifestar que éstos carecen de competencias en lo referente a las instalaciones y tráfico aeroportuario, debiendo someterse a las servidumbres que se establezcan y reflejarlas en su planificación urbanística a favor de los sistemas generales de infraestructuras de transporte, correspondiéndoles la aprobación de las ordenanzas en relación con las materias objeto de la ley del Ruido 37/2003 y adaptar las ordenanzas existentes y el planeamiento urbanístico a dicha normativa.

Sin embargo, en virtud del principio de subsidiariedad proclamado por la Carta europea de Autonómica Local, los Ayuntamientos tendrán que velar por que los vecinos disfruten de un medio ambiente adecuado y por que las molestias que produce el aeropuerto se reduzcan al máximo. Para ello han de realizar sus propios estudios acústicos periódicos, deberá vigilar que el aislamiento de las viviendas se realice convenientemente y deberán controlar estrechamente que las aeronaves cumplan con los procedimientos de disciplina aeronáutica en materia de ruidos, para lo que deberá solicitar de la dirección del aeropuerto el envío periódico de la información ambiental relevante para el medio ambiente acústico del municipio.

En este sentido cabe estimar, en parte, la pretensión de la asociación ecologista de que el Ayuntamiento proceda a realizar la medición de ruidos aunque concretado a los lugares más significativos del municipio (zonas residenciales y dotaciones públicas), bien a través de sus medios técnicos o, en el supuesto de carecer de ellos, a través de la Diputación, o bien suministre las mediciones de que dispone en relación a los ruidos solicitados.

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, Bilbao, núm. 332/2006, de 3 de mayo.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-6

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.-Interpretación de normas internas por referencia y de conformidad con normas internacionales.

Razonamientos jurídicos

Tercero. Por tanto, pudiendo darse en el supuesto que nos ocupa tales intereses opuestos respecto de un asunto que afecta a la esfera personal y social del menor, debiendo primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo ser interpretadas de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, todo ello a tenor del artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, Ley esta última que deberá interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, debiendo los poderes públicos garantizar el respeto de los dere-

chos de los menores y adecuar sus actuaciones a dicha Ley y a la normativa internacional, se está en el caso de nombrar Defensor Judicial al menor Juan Alberto, designando al efecto al Letrado respecto del que ha mostrado interés para su designación, don Juan Ignacio de la Mata Gutiérrez. Y ello sin que en modo alguno afecte a la tutela que ostenta la Comisión de Tutela, que únicamente se ve afectada para el presente procedimiento en los términos indicados.

[Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad de Madrid, Madrid (núm. 14), de 6 de abril de 2006. Ponente: Sr. D. Celestino Salgado Carrero.]

En el mismo sentido vide:

Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad de Madrid, Madrid, de 6 de abril de 2006. Ponente: Sr. D. Celestino Salgado Carrero.

F.: *Aranzadi Westlaw*.

2007-7

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Interpretación de normas de Derecho interno en atención a su origen en instrumentos y normas internacionales. Asunto: accidente ferroviario en la estación de ferrocarril de Chinchilla (Albacete), el día 3 de junio de 2003.

Fundamentos de Derecho

Cuarto. [...] De entrada, conviene señalar que hasta ahora son pocas las voces discrepantes sobre la necesidad de orientar el Derecho penal hacia la víctima y su mayor satisfacción, en concreto a través de abrir un espacio a la reparación como sanción penal autónoma o como presupuesto de la no imposición de ciertas sanciones (la denominada tercera vía). Como secuela de este nuevo movimiento, en nuestro país se aprobó la Ley 35/1995, de 11 de diciembre (RCL 1995, 3319), de asistencia y ayuda a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; dicha norma recoge los postulados de la declaración de principios básicos de justicia material para las víctimas del crimen y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la ONU), el Convenio Europeo núm. 116, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos (incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, mediante instrumento de ratificación de 20 de octubre de 2001, publicado en BOE 26 de diciembre de 2001), donde se formulan unos criterios generales compensatorios de responsabilidades, o la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (85) 11, de 28 de junio de 1985. Tan lejos ha llegado el tema, que algunos autores han sostenido que «la compensación entre autor y víctima se ha convertido en el tema central de la política criminal internacional».

En definitiva, en la actualidad existe una tendencia hacia la potenciación del papel de la víctima en el proceso penal; pues, hasta épocas relativamente recientes, la víctima era la gran desconocida dentro del proceso penal. Situación que ha sido reconocida expresamente por el propio legislador, que ha llegado a afirmar que «la víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la Ley penal. Pero, desde una perspectiva más global, la pretensión punitiva del Estado debe acercarse al problema social y comunitario en que el delito consiste para prevenirlo y recuperar al infractor, desde luego, pero además, para reparar en lo posible el

daño padecido por la víctima. En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc., producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito...» (exposición de motivos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ya citada).

[Sentencia del Juzgado de lo Penal de Albacete, Albacete, núm. 156/2006 (Sección 1), de 2 de junio.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-8

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.–Interpretación de normas internas (Orden PRE 140/05) en relación y en el contexto de las normas internacionales sobre el tratamiento jurídico-penal de los menores.

Fundamentos de Derecho

Primero. [...] Como es sabido, el tratamiento jurídico penal de los menores (de 14 a 18 años en nuestro Ordenamiento), es específico y distinto al de los mayores de edad, por la comisión de los mismos hechos.

Esa especificidad está determinada por normas internacionales:

El 2.3 de las Reglas de Beijing, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (RCL 2001, 815), establece:

«En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de Leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes [...], conjunto que tendrá por objeto: a) responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; b) satisfacer las necesidades de la sociedad y c) aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación.»

Y en nuestro Ordenamiento este trato jurídico-penal específico y distinto se manifiesta en la Ley Orgánica 5/2000 (RCL 2000, 90), reguladora de la responsabilidad penal del menor.

Por lo que interesa a este pleito, es de resaltar del régimen en que ese trato específico se expresa que uno de sus objetivos esenciales es la reeducación y resocialización del menor. Si, según el artículo 25.2 CE (RCL 1978, 2836), la reeducación y reinserción social es una de las funciones de la pena (no necesariamente la única ni la primordial, según ha interpretado el TC), cuando se trata de las medidas a imponer a los menores de edad por sus delitos (que ya para empezar no son las penas previstas en el CP para los mayores de edad), la función de reeducación y resocialización cobra un vigor especial, elevándose a la categoría de objetivo primordial, y en cuanto tal, criterio orientador de la legislación penal de los menores y de su aplicación (recuérdese la protección que el Derecho internacional y nuestro propio Derecho brinda a los menores, protección especial que ya contempla la CE –art. 39.4).

Ese objetivo se expresa en varios textos jurídicos tanto de nuestro Ordenamiento como del internacional. Citaremos, como ejemplos, los siguientes:

Artículo 55 de la LO 5/2000 (RCL 2000, 90).

«Principio de resocialización. 1. Toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirado por el principio de que el menor internado es sujeto de derechos y continúa formando parte de la sociedad. 2. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento puede representar para el menor y su familia, favoreciendo los vínculos sociales [...] y la participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social...».

Artículo 40 de la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712).

«Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las Leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas Leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y en la que se tengan en cuenta la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.»

Artículo 26.1 de las Reglas de Beijing, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (RCL 2001, 815).

«La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.»

Artículo 28, 2 de las referidas Reglas, que proyecta la regla precedente y el objetivo de reinserción a la fase de libertad:

«Los menores en libertad condicional recibirán [...] el pleno apoyo de la comunidad.»

Artículo 10 de las Directrices de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990 (RCL 1990, 2712).

«Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces [...] en particular por conducto de [...] la formación profesional y el medio laboral.»

Visto el objetivo general, hay que resaltar que los referidos textos denotan que la actividad laboral es considerada por las normas citadas como un instrumento de primer orden para la consecución del sobredicho objetivo.

Es muy significativo a este respecto el artículo 24 de las Reglas de Beijing (RCL 2001, 815), encuadrado en la parte del texto relativa al tratamiento de los menores fuera del establecimiento de internamiento:

«Se procurará proporcionar a los menores, en todas las etapas del procedimiento, asistencia en materia de alojamiento, enseñanza o capacitación profesional, empleo o cualquier otra forma de asistencia útil y práctica, para facilitar el proceso de rehabilitación.»

Pues bien, conectando lo que precede con la cuestión de los antecedentes penales, hay que argumentar como sigue:

La referida especificidad del tratamiento jurídico penal del menor se manifiesta también en la cuestión de los antecedentes penales, y así, es de ver que en nuestro Ordenamiento, siguiendo las indicaciones de las Reglas de Beijing, existe un registro especial donde se anotan las condenas de los menores, que no pueden acceder, por ende, al registro de antecedentes penales correspondiente a los mayores de edad.

Disposición Adicional 3.ª de la Ley 5/2000 (RCL 2000, 90):

«En el Ministerio de Justicia se llevará un registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos solo podrán ser usados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal...»

Artículo 21.1 de las Reglas de Beijing:

«Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros...»

La relevancia jurídica de esta especificidad no debe detenerse en lo formal, ni debe limitarse al sector de la protección de la intimidad del menor. Debe relacionarse con ese objetivo de reeducación en cuyo logro han de confluir todas las regulaciones del régimen especial. Esa relación tiene una manifestación expresa en el Ordenamiento: artículo 21.2 de las Reglas de Beijing (RCL 2001, 815), que dice: «Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente», lo que significa que la actividad delictiva del menor no puede tener efecto de agravación en el enjuiciamiento por delitos cometidos cuando haya alcanzado la mayoría de edad.

Pero aún pueden sacarse otras consecuencias de la referida especificidad, entendemos que todas las que sean precisas para que no se frustre o se limite injustificada o desproporcionadamente el objetivo primordial de reeducación y resocialización del menor. Y entre esas consecuencias estimamos que deben encontrarse las que levanten los obstáculos que impidan que el menor pueda trabajar una vez cumplidas las medidas que se le hayan impuesto, tanto si sigue siendo menor de edad como si ha alcanzado la mayoría de edad; y ello porque el trabajo, como hemos visto, está contemplado en la normativa de referencia como un medio idóneo y especialmente eficaz para la reeducación y reinserción social del menor delincuente. Si, como se desprende del citado artículo 21.2 de las Reglas de Beijing, la actividad delictiva del menor no puede tener efecto de agravación en el enjuiciamiento por delitos cometidos cuando haya alcanzado la mayoría de edad, menos aun puede considerarse como obstáculo para el trabajo que va a colaborar en su reinserción. Erigir las condenas del menor delincuente en impedimento para el trabajo del mismo sería contradictorio con todos los preceptos citados y en especial con el 24 de las Reglas de Beijing.

Para finalizar es de ver que todos los instrumentos internacionales que hemos manejado determinan que los derechos que establecen deben aplicarse en condiciones de igualdad a todos los menores, prohibiendo expresamente la discriminación por razón de la nacionalidad [art. 2 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) y art. 2 de las Reglas de Beijing].

En definitiva, en este caso, al referirse los antecedentes penales del demandante tenidos en cuenta en la resolución impugnada a hechos delictivos cometidos cuando era menor de edad, consideramos que, interpretando el artículo 2.g) de la Orden PRE 140/2005 (RCL 2005, 219) en relación y en el contexto de las normas internacionales y de nuestro Ordenamiento sobre el tratamiento jurídico-penal de los menores, el mismo no puede conducir a obstaculizar el trabajo del demandante en España, so pena de frustrar los objetivos básicos de toda esa normativa y colocar al demandante en una situación de imposibilidad de reeducación radicalmente contraria al espíritu y al texto de los instrumentos internacionales citados y de la Ley Orgánica 5/2000. En otras palabras, la finalidad del requisito previsto en el artículo 2.g) de la Orden 140/2005 (impedir la regularización de extranjeros con antecedentes delictivos) ha de matizarse en aras de la finalidad del régimen específico jurídico-penal del menor, pues no parece admisible en Derecho que un requisito limitador de la entrada, permanencia y trabajo de los extranjeros en España pueda desvirtuar la esencia del Derecho internacional relativo a la protección de los menores de edad, esencia que nuestro Orde-

namiento respeta y materializa. Piénsese, por último, que no se trata de la entrada sin más en España, con la consiguiente incertidumbre sobre su situación, sino de una persona que ya reside en España y que tiene un contrato de trabajo, es decir, la posibilidad cierta de integrarse en la sociedad, y que se le niega esa posibilidad por el hecho de haber cometido delitos cuando era menor de edad.

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cantabria, Santander, núm. 13/2006, de 19 de enero. Ponente: Sr. D. José Ignacio López Carcamo.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-9

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Aplicación de normas de Derecho interno cuyo origen se encuentra en normas internacionales.

Fundamentos de Derecho

Tercero. De la responsabilidad por falta de consentimiento informado.

[...]

A la vista de tal definición, se hace necesario determinar el contenido de la información que debe procurarse al paciente y la forma en que el consentimiento debe prestarse.

Por lo que se refiere al contenido, el llamado Convenio de Oviedo, Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la biomedicina, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y se halla en vigor desde el 1 de enero de 2000, establece en su artículo 5 que «una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias», lo que viene casi a reproducirse en el artículo 2.2 de la Ley 41/2002, en el que se establece que «toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley», señalando el artículo 4.1 de la referida Ley que la información al paciente debe comprender «como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias». En igual sentido, la Ley 21/2000 del Parlamento de Cataluña, cuyo artículo 6 establece que «Cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre y haya sido previamente informada del mismo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2». Así pues, el médico debe informar al paciente sobre el fin y la forma del tratamiento médico, así como de sus consecuencias seguras y posibles.

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, Barcelona (núm. 37), de 18 de abril de 2006. Ponente: Sra. D.^a María Millán Gisbert.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-10

TRATADOS INTERNACIONALES.–Primacía de los tratados internacionales.*Fundamento de Derecho*

Quinto. [...] Pero es que además de esta interpretación lógica, el requisito del establecimiento permanente también se extrae de la aplicación del artículo 15 del Convenio de doble imposición hispano-alemán (RCL 1968, 686), convenio que resulta de obligada aplicación al presente supuesto en virtud del principio de primacía de las normas contenidas en los Tratados internacionales frente a las normas de derecho interno.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la CE (RCL 1978, 2836) los Tratados y Convenios Internacionales, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno y sus disposiciones solo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno y la normativa contenida en los mismos prevalece sobre la normativa nacional, de tal forma que las normas del IRPF deben aplicarse respetando los compromisos que el Estado asume en el desarrollo de las relaciones internacionales según como hayan quedado precisados en los Convenios y Tratados ratificados por España ...

[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2), de 18 de mayo de 2006. Ponente: Ilma Sra. D.^a Felisa Atienza Rodríguez.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR 2006/158374.

2007-11

Fundamentos de Derecho

Quinto. Se alega igualmente infracción del artículo 11 del Convenio de 20 de diciembre de 1966 (RCL 1968, 34), entre España y la República de Austria, para evitar la doble imposición en materia de impuestos y sobre la Renta y Patrimonio.

No se puede negar la posibilidad de invocar como infringido un convenio internacional, pues, como señalara la Sentencia de esta Sala de 18 de enero de 1996 (RJ 1996, 431), «no se puede desconocer que el artículo 96 de la Constitución Española de 1978 (RCL 1978, 2836) dice que “los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaron parte del Ordenamiento Interno”, así como que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”».

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo, Sección 2), de 28 de junio de 2006. Ponente: Excmo Sr. D. Manuel Martín Timón.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, RJ 2006/6314.

III. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2007-12

COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—Mar territorial y aguas interiores.

Fundamentos de Derecho

Tercero. Se pretende la nulidad de actuaciones por falta de competencia del órgano administrativo, concretamente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, lo cual no es procedente, pues con independencia de que la propia parte actora no ha mantenido una postura continua y coherente en cuanto a la petición, ya que en la primera reclamación económico-administrativa, nada alegó al respecto, no debe prosperar la petición, así se desprende de la propia evolución legislativa. Efectivamente, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, modificó el artículo 114 de la Ley 22/1988, cuyo párrafo segundo expresa: La competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral, a la que se refiere el párrafo anterior, alcanzará exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores. La entrada en vigor de la normativa indicada se produjo en 2003, por ello, cuando se practicó la liquidación en ejecución de la resolución del TEARA, de 31 de octubre de 1997, no tenía vigencia, pero sin duda, como bien indica la Sra. Abogada del Estado, establece un claro criterio orientador, pues el legislador quiere excluir la competencia autonómica del mar territorial y aguas interiores, pero no debe interpretarse la normativa con un sentido futurista y de exclusión de situaciones anteriores, antes al contrario, lo que evidencia la normativa, es una aclaración definitiva de que la competencia en la indicada materia ha sido y seguirá siendo competencia del Estado. Por lo demás, es evidente que la liquidación se refiere a un canon de vertidos, que como tal está regulado en la normativa de aguas y que tiene su origen en una autorización provisional de vertido, por lo que la competencia para su liquidación de la Confederación Hidrográfica no ofrece dudas.

[Sentencia TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 11 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Santos Gómez.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/203102.

IV. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

2007-13

ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—Concepto de «País».

Fundamentos de Derecho

Primero. [...]

El TS, en Sentencia de 13 de mayo de 2003, entendió «que el artículo 58.2.b) de la Ley, al referirse a «los que pretendan entrar ilegalmente en el país», se está refiriendo, por una parte,

R.E.D.I., vol. LIX (2007), 1

a la mera tentativa de entrada, como ya apuntó en la Sentencia de 20 de marzo de 2003, y, que al utilizar el concepto –país– sin contenido jurídico propio, no hace referencia ni al espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio de tierra firme del territorio nacional. Entendido así el término «país» resulta acomodado a derecho el precepto reglamentario recurrido interpretado en el sentido de que permite la devolución del extranjero interceptado tanto en el mismo límite fronterizo de la costa como en las inmediaciones de ésta dentro del mar territorial español.

[Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 814/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 5 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Olarte Madero.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/289653.

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

2007-14

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN.–Misiones Diplomáticas.–Cuentas bancarias. Bienes no embargables.

Fundamentos de Derecho

Primero. [...]

La cuestión que se plantea es la de la embargabilidad de las cuentas corrientes de las que es titular la Embajada recurrente, y en este punto hay que confirmar la tesis del recurso, basada en los preceptos citados y muy especialmente en el artículo 22.3 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 61 (BOE 24-1-68) y en la doctrina del Tribunal Constitucional, que en las citadas sentencias ha examinado los límites a la ejecución de sentencias contra Estados extranjeros, a tenor del artículo 21.2 LOPJ, basados en normas de derecho internacional público que se obtienen por inducción de datos de origen muy diverso, entre los que se encuentran las convenciones internacionales y la práctica de los Estados, llegando a la conclusión de que no existe una absoluta inmunidad de ejecución, sino solamente relativa (sentencias 107/92, 292/94).

Sobre esta base se ha declarado 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» (sentencia 107/92).

La propia sentencia citada llega a la conclusión de la inembargabilidad de las cuentas corrientes de las que son titulares las Embajadas, pese a no mencionarse de forma expresa entre los bienes inembargables con arreglo al Convenio de Viena de 18 de abril de 1961. La sentencia continúa razonando:

«Del artículo 22.3 del Convenio de Viena de 1961 se deduce que no son en absoluto susceptibles de ejecución forzosa los bienes de la República de Sudáfrica situados en el recinto de

su Embajada, incluida la sede misma. Ahora bien, la duda se plantea respecto de aquellos bienes del Estado extranjero que, sin estar en la sede de la Embajada ni estar expresamente mencionados en el artículo 22.3 de la Convención de Viena de 1961, están destinados por el Estado extranjero al sostenimiento de su misión diplomática. Concretamente, el problema consiste en determinar si las cuentas corrientes bancarias abiertas a nombre de una Embajada o cuyos fondos estén destinados al sostenimiento de la misma están amparadas por el citado precepto, puesto que el Auto que anula la sentencia impugnada procedió al embargo de parte del importe de una cuenta corriente bancaria abierta a nombre de la Embajada de Sudáfrica, lo que para la representación de la República de Sudáfrica implica una grave quiebra de las relaciones entre Estados soberanos.

La práctica internacional contemporánea exceptúa claramente de toda medida de ejecución las cuentas corrientes bancarias de la Embajada. A título indicativo, pues carece de fuerza normativa, cabe citar el artículo 23 del ya mencionado Proyecto sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados. También ésta es la opinión aceptada en resoluciones de altos Tribunales nacionales en fechas aún recientes.[...]

Esta 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 los 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. [...]

Con arreglo a lo razonado, es claro que el Juzgado ha trabado embargo sobre bienes excluidos de la ejecución por tratarse de cuentas corrientes de las que es titular la Embajada, a tenor del artículo 21.2 LOPJ, en relación con los artículos 605.4.º y 606.5.º LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), por lo que procede la estimación del recurso de suplicación y la declaración de la nulidad del embargo a tenor de lo dispuesto en el artículo 609 LECiv, según el cual será nulo de pleno derecho el embargo trabado sobre bienes inembargables.

[Sentencia TSJ Comunidad de Madrid núm. 320/2006 (Sala de lo Social, Sección 6.ª), de 16 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Juanes Fraga].

F.: Aranzadi Westlaw, AS 2006/3359.

VI. DERECHO DEL MAR

2007-15

PODERES DE LOS ESTADOS SOBRE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS.—Apresamiento de cayuco en alta mar.*Fundamentos de Derecho*

Segundo. Como antecedente fáctico tenemos que destacar que las presentes diligencias previas se incoaron en virtud de atestado policial presentado ante el Juzgado de Instrucción referido por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación en cuya virtud fue presentado como detenido, entre otros, el hoy recurrente, Pedro Enrique, supuesto patrón de una embarcación de trece metros de eslora, conocida como cayuco, que partió del puerto de Nouadhibou, en Mauritania, el 13 de febrero de 2006, con 71 personas a bordo, de diversas nacionalidades, 8 de los cuales son menores de edad, y que resultó rescatada en alta mar, en la posición 23-30,6 N y 017-06,8 W, por el buque Esperanza del Mar, punto ubicado a más de 250 millas náuticas de la isla del Hierro. Las personas que viajaban en dicha embarcación, presuntamente, habrían abonado diversas cantidades por dicho viaje y perseguían entrar en España, a través de las islas Canarias, al margen de los puestos fronterizos habilitados al efecto y careciendo de la documentación oportuna para ello. Habrá que añadir que ni el detenido ni pasajero alguno de los que trasladaba ostenta la nacionalidad española.

Tercero. La LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) fija la extensión y límites de la jurisdicción española en su artículo 23 combinando los criterios de territorialidad y personalidad de forma tal que resultando ser el ejercicio de la jurisdicción penal una manifestación de la soberanía del Estado, a cada uno corresponde, en principio, conocer de todos los hechos punibles que se cometen en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (principio de territorialidad que informa fundamentalmente el derecho español, art. 23.1 de la LOPJ) y, además, porque así lo prevé el artículo 23.2 de la LOPJ, también a nuestros tribunales corresponde el conocimiento de los hechos previstos en nuestra legislación como delito, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido posteriormente la nacionalidad española, y que concurran los requisitos que el meritado precepto menciona (principio de personalidad).

Pues bien, de acuerdo con tales criterios en este caso no es posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos. No obstante, es verdad que el artículo 23, en sus apartados 3 y 4, prevé una relación de delitos en los que la competencia de España va más allá de los principios de territorialidad y personalidad acogiendo el principio de persecución universal. Así recoge una lista de infracciones criminales cuya persecución, ciertamente, llevarán a cabo nuestros tribunales, con independencia de la nacionalidad del autor y del lugar de comisión, entre las que no se encuentra el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que ha dado razón de ser a las presentes diligencias previas añadiendo, además, que también la jurisdicción penal española conocerá de aquellos otros delitos que según los convenios o tratados internacionales deban ser perseguidos en España, lo que obliga a analizar los convenios internacionales que, sobre el particular, hayan sido ratificados por España, en concreto la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15/11/2000, ratificado por España por instrumento de 21/02/2002, BOE de 29/09/2003 (RCL 2003, 2326), y el Protocolo

contra el Tratado ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, ratificado por España por Instrumento de 21/02/2002, BOE de 10/12/2003 (RCL 2003, 2864),

Cuarto. El artículo 6 del Protocolo (RCL 2003, 2864) dispone que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean precisas para tipificar como delito, entre otros, el tráfico ilícito de inmigrantes. Y por su parte el artículo 15 del Convenio (RCL 2003, 2326), en relación con la jurisdicción, prevé dos situaciones completamente distintas.

Por una parte, y respecto de los delitos tipificados en los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención, exige que cada Estado parte, en este caso España, adopte las medidas necesarias para establecer su jurisdicción penal sobre los mismos siempre que se cometan en su territorio o en buques o aeronaves que enarboles su pabellón o hayan sido registradas, respectivamente, conforme a sus Leyes.

Y por otra parte faculta a los Estados parte para que puedan también establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 5, párrafo primero, aun cuando se cometan fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.

La diferencia entre ambos apartados es básica y esencial en este caso. Conforme a lo previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) la jurisdicción penal española debe entenderse que se extiende a cualquier delito que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por España, o lo que es lo mismo, a aquellos en los que dichas normas internacionales se le imponen a nuestro país, tal y como sucede, sin ánimo de ser exhaustivos, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, de 10 de diciembre de 1984 (RCL 1987, 2405), la Convención contra la toma de rehenes de 17 de diciembre de 1979 (RCL 1984, 1792), el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977 (RCL 1980, 2212 y RCL 1982, 2262), o el Convenio Internacional para la represión de la financiación de terrorismo, del año 1999 (RCL 2002, 1325, 1501), que obliga a cada Estado parte a adoptar las medidas precisas para establecer su jurisdicción en relación con los delitos que enumeran, pero dado que España no tiene el deber sino la facultad de extender su jurisdicción a delitos como el que es objeto de esta causa cuando se cometen fuera de su territorio, la cláusula general del artículo 23.4 no es de aplicación al caso y así, en definitiva, lo viene a sostener la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6783) cuando afirma que partiendo de lo que se dispone en el artículo 234 g) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España.

Por ello, esta Sala entiende que, aun cuando nuestro país podría mediante la oportuna previsión legislativa, extender su jurisdicción a casos como el presente, en el que además, como se indica por el Ministerio Fiscal, ni siquiera estamos ante un buque con bandera extranjera, con lo que no le serían aplicables las restricciones contempladas en el artículo 4 de la Convención, a día de hoy no existe cobertura legal para mantener nuestra jurisdicción y, por tanto, no existiendo la misma procede la inmediata puesta en libertad del imputado.

Quinto. La Sala no puede compartir en este punto los argumentos del Ministerio Fiscal cuando sostiene que si bien la situación inicial ilegal del cayuco, que sería indiferente a los tribunales españoles, se transforma cuando nuestras instituciones actúan sobre la referida embarcación pues pasa a estar bajo el control de nuestras autoridades y es que es claro que, por un lado, el despliegue de una actuación de tipo humanitaria no es criterio de atribución de jurisdicción en modo alguno, o lo que es lo mismo, el hecho de que buques españoles presten asistencia en alta mar a otras embarcaciones que así lo precisan, ni permite entender que los posibles delitos en ellos cometidos lo han sido en territorio nacional ni, mucho menos, que han sido cometidos por españoles, con lo que los criterios generales de jurisdicción no son aplicables, ni tampoco permite considerar que estemos ante un delito que según convenio internacio-

nal España deba perseguir pues, como ya hemos visto, según la Convención de 15 de noviembre de 2000 (RCL 2003, 2326) tal deber únicamente surge si el delito se ha cometido en nuestro territorio o en un buque con bandera española o una aeronave con registro en España. Y por otro lado lo que resulta realmente imposible es entender que esta extensión de nuestra jurisdicción más allá de nuestro territorio, espacio aéreo o mar territorial, se debe considerar operada por la redacción vigente del artículo 318 bis (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que castiga, entre otros, el promover, facilitar o favorecer el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, pues sería sorprendente que un principio tan importante en la jurisdicción penal como el de universalidad se ampliase mediante una norma claramente sustantiva, al punto de permitir a España una jurisdicción total fuera de nuestro país, sin límite alguno más allá que el de que el destino final del inmigrante fuese una parte del territorio nacional (limitación que tampoco se entiende bien por qué la propone el Fiscal dado que el precepto ni siquiera exige que el destino sea España sino que pueda resultar un simple punto de tránsito) y porque es evidente que el conocimiento de dicho delito, como todos los que se tipifican en nuestro Código Penal, únicamente viene atribuido a nuestros tribunales en tanto que tengan jurisdicción para conocer de ellos, esto es, en cuanto que sean encuadrables en algunos de los supuestos que se enumeran en el artículo 23 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) Fuera de ahí, aun cuando se puedan estar cometiendo hechos tipificables como delito según nuestra legislación, pensemos en un homicidio en alta mar entre personas que no ostentan nacionalidad española y buques que no enarbolan nuestra bandera, aun cuando nuestras autoridades administrativas intervengan en misión de rescate, nuestros tribunales penales carecerían de jurisdicción y, por tanto, deberían abstenerse de cualquier instrucción y enjuiciamiento.

Por último, tampoco estamos de acuerdo con la afirmación que se hace en el informe del Fiscal en orden a que nuestra jurisdicción debe mantenerse dado que el cayuco carece de pabellón, y por tanto de nacionalidad, y la represión de los posibles delitos cometidos no puede atribuirse a otro Estado, porque eso sería tanto como afirmar que sólo España dispone de una norma de atribución de jurisdicción como la que se contempla en el artículo 23.2 de la LOPJ que le permite conocer de los delitos cometidos por españoles fuera del territorio nacional y que sólo España tipifica como tal el fenómeno de la inmigración ilegal organizada y sería tanto como extender el principio de jurisdicción universal a un supuesto que no se prevé en los apartados 3 y 4 del artículo 23 de la LOPJ.

Por todo ello, esta Sala considera que debe estimar el recurso de apelación y acordar la inmediata puesta en libertad del recurrente.

[Auto Audiencia Provincial Las Palmas núm. 183/2006 (Sección 2.ª) Jurisdicción Penal, de 17 de marzo de 2006. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Pilar Parejo Pablos.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/167860.

En este mismo sentido:

[Auto Audiencia Provincial Las Palmas núm. 184/2006 (Sección 2.ª) Jurisdicción Penal, de 17 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Nicolás Acosta González.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/167870.

[Auto Audiencia Provincial Las Palmas núm. 267/2006 (Sección 1.ª) Jurisdicción Penal, de 17 de marzo de 2006. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Oliva Morillo Ballesteros.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/171993.

[Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 124/2006 (Sección 2.ª) Jurisdicción Penal, de 30 de junio de 2006. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Yolanda Alcazar Montero.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/225351.

2007-16

PODERES DE LOS ESTADOS SOBRE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS.—Extensión de la jurisdicción penal española. Delito continuado.

Fundamentos de Derecho

Tercero. Pues bien, esa consideración del delito de detención ilegal como delito permanente es lo que permite disipar cualquier duda, como con acierto y precisión indicó el Ministerio Fiscal en su informe, respecto de la jurisdicción de nuestros tribunales penales en este caso. Pues es verdad que dado que el delito se cometió en un buque de bandera extranjera y los implicados, autores y víctimas son extranjeros, cabe dudar de que nuestros Juzgados y Tribunales sean competentes para el conocimiento de la causa. Mas no se puede olvidar que junto al criterio personal, que recoge el artículo 23.2 y que permite conocer a nuestros tribunales de los delitos cometidos por ciudadanos españoles en el extranjero, con ciertas condiciones, a la hora de delimitar la extensión de la jurisdicción penal española, el artículo 23.1 fija que corresponde a la misma el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas habiendo afirmado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 1993 (RJ 1993, 396) que la expresión territorio español es utilizada en sentido amplio y comprende la tierra firme, continental o insular, las aguas internas y territoriales, así como el espacio aéreo, así como a los buques y aeronaves que aun fuera de este territorio español naveguen bajo bandera de España habiéndose delimitado ya en la Ley 10/1977 (RCL 1977, 47) nuestras aguas territoriales como las que alcanzan las doce millas desde la línea de bajamar escorada, norma que está en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar, del año 1982 (RCL 1997, 345), firmada por España el 5 de diciembre de 1984, y con precedente en el Convenio de Ginebra de 1958, que fijaba la soberanía de cada Estado sobre su espacio aéreo y su mar territorial, así como sobre el techo y el subsuelo de dicho mar, afirmando tanto el Convenio como la Convención la jurisdicción exclusiva del Estado que abandere el buque únicamente cuando éste se encuentra en sus aguas territoriales o en alta mar. Fuera de esas zonas, dicha jurisdicción únicamente se extenderá a los buques de guerra (art. 8) y a los navíos de estado destinados a fines no comerciales (art. 9) seguidos por los artículos 95 y 96 de la Convención que fija la regla especial para estos últimos de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera.

[Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 34/2006 (Sección 2.ª), de 16 de febrero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Nicolás Acosta González].

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/198.

VII. ASILO Y REFUGIO

2007-17

ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución por pertenencia a un determinado grupo social: temor de la solicitante a ser sometida a mutilación genital en su país de origen.

Fundamentos de Derecho

Segundo. [...] El asilo se configura así, en el Derecho indicado, como un mecanismo legal de protección para defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos, por las causas que enumera.

La mutilación genital femenina es una práctica brutal que se produce en determinadas sociedades o grupos que afecta a un colectivo determinado: las mujeres. En aquellas sociedades o entornos en los que esta práctica está extendida se considera una costumbre normal por lo que no existe conciencia de su ilicitud y, en consecuencia, se minimizan los daños físicos y psíquicos que sufren las jóvenes afectadas, pese a que provoca en muchos casos daños irreparables para la salud de las mujeres y niñas que los sufren y puede incluso motivar su muerte.

Tal y como han señalado anteriores sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (en tal sentido SAN, Sección Primera, de 12 de enero de 2005, rec. 540/2003) «la mutilación genital femenina es en realidad una manifestación de violencia sexual específicamente dirigida contra las «mujeres» o «género femenino» y añade que «si bien es cierto que la violencia de sexo o género no se encuentra entre las causas de persecución previstas en el artículo 1.2 de la Convención de Ginebra, la misma puede sin embargo encuadrarse en la persecución que por la pertenencia a un determinado «grupo social» se contempla en el mencionado precepto. Es ésta una categoría residual que se aplica a motivos de persecución que no pueden ser catalogados en los demás legalmente previstos (ni por razón de raza ni de religión ni de nacionalidad ni de opiniones políticas), que en ocasiones anteriores hemos aplicado, por ejemplo, a los homosexuales rumanos (Sentencia de 24 de septiembre de 1996) o a los periodistas argelinos (Sentencia de 25 de noviembre de 1997) y en la que encaja plenamente la situación de la actora en cuanto la persecución denunciada por ella deriva directa e innatamente de su pertenencia al género femenino».

Cabe añadir que en numerosas resoluciones e informes de organismos internacionales se ha pedido la prohibición y persecución de este tipo de prácticas al considerarlas precisamente actos de violencia de género que en muchos casos persiguen la humillación y postergación de éstas y que, en todo caso, no pueden entenderse justificadas por motivos culturales o defensa de tradiciones (entre otras la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994; la Declaración y Plataforma de Pekín de 1995; Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de mayo de 2001) y finalmente en la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo de 17 de julio de 2001 se pide que los Estados miembros reconozcan el derecho de asilo a las mujeres, jóvenes y niñas que se encuentren en riesgo de ser mutiladas genitalmente.

Ha de considerarse, por tanto, que este tipo de prácticas reviste gravedad suficiente como para ser equiparada a la tortura o a los tratos inhumanos o degradantes, e implica una grave violación de los Derechos Humanos, expresamente prohibidas en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma y los principios y derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que puede tener cabida en la institución de asilo regulada en nuestras leyes.

Tercero. Ahora bien, para poder obtener la condición de refugiado ha de existir una persecución y un temor fundado y racional por parte del perseguido (elementos objetivo y subjetivo) para quedar acogido a la situación de refugiado y no basta con su mera alegación sino que ha de estar acompañada por una prueba, al menos indiciaria, de su existencia. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1998 (y en el mismo sentido la de 2 de marzo de 2000) señala: «... de conformidad con lo prevenido en el artículo 8 de la Ley 5/1984, que para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de 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 asilo, bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 del artículo 3 de la citada Ley 5/1984. Pero es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, la que no es, desde luego, la finalidad de la institución. En este sentido, con uno u otro matiz, se pronuncian las sentencias de esta Sala de 21 de mayo de 1991, 30 de marzo de 1993 (dos sentencias de la misma fecha) y 23 de junio de 1994, todas posteriores a las alegadas por el recurrente».

Más específicamente aún, el Tribunal Supremo ha establecido una jurisprudencia consolidada respecto de los supuestos en que se recurre en vía contencioso-administrativa la denegación de la solicitud de reconocimiento del derecho de asilo. En este sentido, a título de ejemplo pueden citarse –por aludir sólo a alguna de las más recientes–, las sentencias de 19 de junio y 17 de septiembre de 2003, la última de las cuales señala:

«... es visto cómo deviene obligada la aplicación de nuestra reiterada doctrina, que por razón de su misma reiteración es ocioso citar en concreto, según la cual si ciertamente no es exigible para la concesión del asilo o de la condición de refugiado el acreditamiento mediante una prueba plena o absoluta de los hechos alegados por el peticionario, pues basta con aportar meros indicios, no cabe aquel reconocimiento jurisdiccional pretendido, cuando ni siquiera son de apreciar los aludidos indicios de los que pueda deducirse la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos prescritos por el legislador, al modo que los señala el Tribunal de instancia, y adviértase en fin que las meras declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas como indicio suficiente de la persecución alegada, cuando carecen de todo punto de referencia o contraste, sin establecer particulares circunstancias relacionadas con el recurrente susceptibles de amparar el derecho de asilo, más aún cuando ni siquiera consta la pertenencia del mismo a grupo que pudiere dar lugar a presumir posibles persecuciones».

Cuarto. En el supuesto que nos ocupa la recurrente aduce su temor fundado a ser obligada a una mutilación genital al ser costumbre en su país de origen y exigírselo el hombre al que fue entregada en matrimonio por su padre como pago de una deuda familiar.

A tal efecto, hemos de partir como principio general, y así se desprende de la propia documentación aportada por la recurrente, que tales prácticas se llevan a cabo con ocasión de la pubertad de la mujer (y no a los 20 años como alega la recurrente) y además no son propias de la zona en la que la recurrente residía, estando esta actividad penalmente castigada y perseguida por las autoridades. En tal sentido, tal y como señalan otras sentencias de esta misma Sala, sentencia de la Sección Primera de 3 de noviembre de 2005 (rec. 182/2003) «la información que existe actualmente sobre Nigeria, determina que en ese país la ablación es una práctica perseguida por sus autoridades, y concretamente en el Estado de Edo –en donde residía la recurrente– desde 1999, estando tipificada como un delito por el

Código Penal, y los poderes públicos están obligados a reprimirla. Ello significa que la interesada podía haber denunciado los hechos o dirigirse a otra parte del país a vivir, e incluso el pastor de su Iglesia, como dice ella, le ofreció ayuda. Todo lo cual evidencian que su salida de Nigeria se debió a otras motivaciones y no a una persecución sistemática por motivos políticos o ideológicos por parte de los poderes públicos o que éstos lo consintieran o se mostraran pasivos».

Razones que, en principio, introducen una sombra de duda sobre la verosimilitud de una alegación como la que nos ocupa cuando no va acompañada de prueba alguna de que exista un riesgo subjetivo de que la recurrente pudiese ser sometida a este tipo de prácticas. Ahora bien, la recurrente alega que este tipo de mutilaciones son habituales en su entorno personal y cultural y a tal efecto alega que su hermana las sufrió y aporta el certificado en el que un médico de Palma de Mallorca dice haber reconocido a la paciente Stephanie Enaruna en el que se afirma que «presenta capuchón clitoroideo sin observarse clítoris».

La prueba presentada demuestra que su hermana sufrió la extirpación del clítoris y ha de tenerse como una prueba indiciaria suficiente que avala la verosimilitud de su relato en cuanto acredita que personas de su entorno familiar han padecido este tipo de prácticas por lo que no cabe descartar que la recurrente pudiese ser obligada a someterse a las mismas y consecuentemente que tuviese un fundado temor a padecerlas en cuanto implicaba una amenaza real en su entorno.

El hecho de que este tipo de prácticas estén oficialmente prohibidas por las normas penales de los países de procedencia no permite descartar, en todo caso y al margen de las circunstancias concurrentes en cada caso, la existencia de un peligro real a padecerlas. No debe olvidarse que este tipo de prácticas se desarrollan en un ámbito privado y, en la mayoría de las ocasiones, con la aquiescencia familiar y social del entorno que rodea a la mujer que la padece, y en el que las autoridades gubernativas, en muchas ocasiones, son incapaces de brindar una protección efectiva contra tal abuso a causa de la propia situación social de las mujeres y por el fuerte arraigo social de las mismas, y en el que las propias afectadas se ven coartadas a denunciar tales hechos por el rechazo familiar y social que ello supondría, lo cual justificaría que la recurrente no hubiese denunciado estos hechos ante las autoridades competentes.

De forma que en el supuesto enjuiciado y a la vista de la prueba presentada se aprecia la existencia de una amenaza real para la recurrente y justificado el invocado temor a padecerlas, por lo que han de considerarse cumplidos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para obtener la condición de refugiada por ella solicitada.

Quinto. A los efectos previstos en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en materia de costas procesales, no se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

Fallamos

Que estimando el recurso interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Carmen García Rubio, actuando en nombre y representación de doña Margarita, contra la resolución de 25 de julio de 2003 dictada por el Ministro del Interior, por la que se denegó la solicitud de concesión del derecho de asilo formulada por la recurrente, procede anular la resolución impugnada y reconocer el derecho de la recurrente a obtener el derecho de asilo y la condición de refugiada, sin hacer expresa condena en costas.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

[Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 21 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.]

F.: JUR 2006/187226.

2007-18

ASILO.-DERECHO DE PERMANENCIA POR MOTIVOS HUMANITARIOS: Alegación de la solicitante de haber sido sometida a mutilación genital y de ser obligada a contraer matrimonio contra su voluntad.

Fundamentos de Derecho

Primero. [...] la actora relata en la demanda que nació en Uselu, ciudad del sur de Nigeria, cercana a Benin City. Había un hombre musulmán en su pueblo que quería casarse con ella; esta persona de posición económica más holgada que la de su familia, prestaba ayuda a sus padres. Ella no quería casarse con este hombre, entre otras razones porque «él era bastante mayor que ella», pero, pese a ello, su padre tomó la decisión de entregarla a aquél. «Él era rico y ya tenía dos mujeres. Él era bastante mayor que ella y sus esposas unos 20 años». Con tal finalidad, previamente, le fue practicada la mutilación genital femenina. Tras ello logró escapar a Benin City donde vivía un familiar suyo; se trasladó a Togo y a Ghana y posteriormente a España. Cuando pudo contactar con su hermana, supo que su pretendiente había estado en la ciudad buscándola. En la actualidad vive en Valencia y mantiene una relación de pareja.

Planteados en estos términos la controversia, ésta se centra en determinar si han quedado o no suficientemente acreditadas o probadas las alegaciones de la recurrente [...]

Los razonamientos que se exponen en el escrito de demanda se limitan a exponer un relato carente de prueba, salvo en la acreditación de la mutilación a que hace referencia y las pruebas sobre la situación social y política de Nigeria con especial referencia a la ablación [...]

La actora no se personó para practicar la entrevista requerida por la Administración aunque expresa que no tuvo conocimiento de tal requerimiento; sin embargo, es lo cierto que en vía procesal sigue sin aportar documentación acreditativa de su identidad y nacionalidad. Pero es más, el relato de la actora al solicitar el asilo es contradictorio con la narración formulada en demanda. [...] Por otra parte expresa en demanda que tenía miedo de que en su país fuese obligada a casarse y sin embargo en la petición de asilo manifiesta que ya estaba casada. Todas estas contradicciones, junto a la falta de prueba sobre el relato indicado, no permiten estimar la petición de asilo.

Segundo. Ello no obsta a que deba ser tomada en consideración por razones humanitarias la especial situación en que se encuentra la demandante de asilo, que ha sido brutalmente lesionada física y psíquicamente, lo que justifica y determina un temor a volver a su entorno social.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de octubre de 2005 (Sección 5.ª, recurso de casación núm. 4828/2002) nos da la pauta para interpretar el artículo 17, párrafo 2 de la Ley de Asilo cuando justifica su aplicación en la existencia de «circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos que son inherentes a la persona para el caso de que ésta hubiera de retornar a su país». Es obvio que si la demandante volviese a su entorno social, se encontraría razonablemente en una situación de rechazo o al menos incompreensión familiar por no aceptar pautas de comportamiento familiares y sociales que la condujeron a la ablación, acreditada en autos. Ello justifica que le sea admitido el derecho a permanecer en España en el marco de la legislación de extranjería, con estimación parcial del recurso.

Voto particular que formula la Magistrada D.^a Isabel Perello Domenech en el recurso núm. 429/04

Mi discrepancia se refiere no sólo a los argumentos jurídicos expresados en la Sentencia sino también al alcance del fallo. Y ello porque aprecio un defecto de coherencia en la doctrina contenida en esta resolución, en cuanto a la relevancia a la cuestión de la grave agresión sufrida por la demandante.

Como se expone en las Directrices del ACNUR elaboradas en el año 2003, aun cuando la persecución por motivos de género no fue incluida expresamente en la Convención de Ginebra de 1951 como uno de los motivos de que podían dar lugar a la condición de refugiado, de conformidad con el espíritu y la finalidad de la Convención, instrumento internacional de carácter evolutivo cuyo objetivo es asegurar la protección a las personas que la requieren, tal definición debe ser interpretada desde una perspectiva de género y, por tanto, cabe incluir en la persecución aquellas solicitudes de asilo que se refieran a actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, castigos por transgredir los valores y costumbres morales entre otros, y claro está, el supuesto del matrimonio forzoso y la mutilación genital femenina, en cuanto constituyen graves actos de persecución específica por razón de sexo que ocasionan un profundo sufrimiento y daño, tanto mental como físico, que son manifestación de persecución por agentes estatales o particulares.

Como indican también las Directrices del ACNUR, la persecución invocada en estos supuestos podría subsumirse en el motivo previsto en la Convención referido a la persecución por «la pertenencia a un grupo social determinado», en cuanto las mujeres conforman un grupo definido por características innatas, como es su sexo, y el trato diferenciado que reciben por esta causa, que pueden constituir un grupo ante la sociedad, sometido a diferentes tratos y normas en algunos países.

Sentado lo anterior, cabe examinar si la persecución invocada –mutilación genital femenina y matrimonio forzoso– se encuentran relacionados con el género de la solicitante y la necesidad de protección.

La realidad de la mutilación genital sufrida por la actora se encuentra documentada mediante certificado oficial incorporado a autos y, así se reconoce en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia, que la demandante «ha sido brutalmente lesionada física y psíquicamente lo que determina el temor a volver a su entorno social». De igual modo se comprueba que desde su solicitud inicial, la actora planteó como motivo de persecución el hecho de la ablación que le fue practicada en enero de 2002 para darla en matrimonio a su esposo musulmán (folio 2.1 del expediente). En esta declaración inicial la actora refiere que «ha sido denigrada totalmente y ha reducido su vida a lo más bajo». En este sentido entiendo que con abstracción del relato sobre el matrimonio forzoso, ha resultado acreditada la agresión por razón de sexo padecida por la actora cual es la mutilación genital, agresión de índole física y psíquica que genera obviamente un grave trastorno a la mujer que la padece.

Por consiguiente, establecida la realidad de la practica de la mutilación, parece plenamente fundado el temor derivado de que la devolución al país de origen implicaría un riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante proscrito en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la interpretación realizada por la jurisprudencia del TEDH y en el artículo 3 de la Declaración sobre eliminación de la violencia sobre la Mujer (Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 2003). En efecto, la vuelta al entorno familiar y cultural que propició tal mutilación y que, coherentemente, sigue costumbres ligadas a tal práctica puede determinar la continuación de la imposición de dichas costumbres sobre la actora –como se desprende de los informes sobre la lamentable situación de las mujeres en el sur de Nigeria– y constituyen un claro indicio de que su libertad y moral sexual puedan ser en el futuro limitadas mediante actuaciones ciertamente irreparables como la contem-

plada en autos, y que pueden determinar un grave atentado a su integridad y dignidad moral reconocida en el artículo 15 CE. Las consideraciones realizadas en la Sentencia (F J 2.º) sobre la supuesta incoherencia del relato de la actora no tienen, en mi criterio, entidad y trascendencia alguna por cuanto no dejan de referirse a aspectos accesorios de la realidad examinada, la mutilación genital, siendo lo cierto que desde el inicio la demandante se refirió a la persecución sufrida por motivos de género. Y tampoco resultan asumibles las poco oportunas consideraciones expuestas por la Instructora del expediente en su Informe, que parece apreciar pasividad en la actuación de la demandante y que rechaza el documento que certifica la ablación por cuanto «no se especifica la fecha en que fue practicada», negando por tal razón cualquier valoración a este dato objetivo y trascendente.

En suma, y como se sostiene en la demanda, considero que la recurrente ha sido objeto de una grave persecución por motivos de género por su pertenencia a un grupo social que, por las razones expuestas, hacía procedente la concesión del derecho de asilo al concurrir una situación de persecución de las contempladas en la legislación sobre esta materia.

[Sentencia de la Audiencia Nacional, jurisdicción contencioso-administrativa, 23 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Sánchez Díaz.]

F.: CEAR. Jursisprudencia. Asilo.

2007-19

ASILO.–RECONOCIMIENTO: Persecución por motivos políticos tanto en el país de origen del solicitante (RD Congo) como en el tercer Estado (Tanzania) en el que le había sido reconocida la condición de refugiado.

Fundamentos de Derecho

Primero. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Ministro del Interior de 14 de abril de 2004, que deniega el derecho de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado a don Casimiro, nacional de R.D. Congo.

Se fundamenta la expresada resolución en que no se aprecia la 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, y ello porque «el solicitante ya disfruta de la protección que demanda por parte de otro Estado, concretamente Tanzania, en donde, según informa la Oficina de ACNUR en ese país, esta reconocido como refugiado y sin que esa Oficina tenga constancia de que el solicitante tenga problemas de seguridad en Tanzania».

Dicho demandante había solicitado asilo en España, a través de la Embajada en Tanzania, con fecha de 30 de octubre de 2002 (folios 1.101 y 1.102 del expediente),

El Sr. Casimiro residió en Goma hasta el año 2001 donde dirigía la organización SEPSA-DI/Action pour la paix, que se dedicaba a la promoción y defensa de los Derechos Humanos.

Ha sido un antiguo activista de derechos humanos y miembro de Amnistía Internacional, y ha participado en actividades de defensa de Derechos Humanos, denunciando tanto a las autoridades de la República Democrática del Congo como los actos de abuso y tortura cometidos por la rebelión de la Ressemblément Congolaise pour la Democratie (RCD).

Además, coordinaba el centro de menores de Bulenga, destinado a acoger a huérfanos de refugiados en Ruanda y Burundi, así como a niños congoleños con problemas de malnutrición. Como dicho centro estaba integrado, en su mayoría, por niños hutus, se le acusaba también de

colaborar con los antiguos responsables del genocidio. También reunía información sobre reclutamiento forzoso de niños soldados.

Un primer episodio de persecución personal tuvo lugar en 1998, cuando fue presionado por haber atendido médicamente a una persona torturada por el ejército rebelde RCD.

En el mes de junio de 2001, que asume el liderazgo de SEPSADI, aparece en su domicilio un grupo de personas, algunas de ellas con uniforme militar, que preguntan por él a su familia. Avisado, consigue escapar y ocultarse. Posteriormente recibe noticia de un documento en el que se le acusa de sedición y rebelión.

Ante esta situación de persecución decide abandonar su país y dirigirse a Tanzania, donde es reconocido como refugiado tanto por las Autoridades del mismo como por el ACNUR, en enero de 2002.

Sin embargo, dada la proximidad del campo de refugiados (en el que se instalaron en Tanzania) con la zona de la R.D. Congo, que estaba controlada por las Fuerzas rebeldes del Ressement Congolaise pour la Democratie, así como la notoria infiltración de estos últimos, se negó a radicarse en dichos campos de refugiados y por tanto no recibe asistencia del ACNUR, trasladándose a Dar es Salaam, donde reside en la actualidad.

Desde su traslado a la capital tanzana ha sufrido continuos hostigamientos. En enero de 2002 aparecen en el hotel donde se alojaba una serie de personas desconocidas preguntando por él. Los elude al estar registrado con nombre falso. En mayo de 2002 su hermano Sebastián, de gran parecido físico a él, es asesinado en el Congo. En agosto de 2002 vuelve a ser interceptado por una pareja de desconocidos por lo que decide pedir ayuda a la oficina de Amnistía Internacional en Dar es Salaam. En enero de 2004 es objeto de un secuestro y malos tratos, aportando diversos informes médicos y policiales. [...]

Tercero. Dadas las especiales circunstancias del ahora solicitante de asilo, puesto que a pesar de ser nacional de R.D. Congo ha sido reconocido como refugiado por el gobierno de Tanzania y también por el ACNUR en dicho país, hemos de limitarnos a enjuiciar, tal y como considera tanto la Administración como asimismo el recurrente en la demanda, si la situación de don Casimiro en dicho tercer país es o no lo suficientemente segura como para merecer la protección que dispensa, en España, la institución de asilo, cuya protección ahora ha sido solicitada por el mismo [...]

Cuarto. [...] Esta Sala, sin embargo, tras una valoración conjunta de toda la documental aportada, consistente en informes y documentos tanto de Amnistía Internacional como del Ministerio de Asuntos Exteriores y/o embajada de España en Tanzania y también de los incorporados por el solicitante, de la que resulta con contundencia no solo la veracidad de las alegaciones de dicho Sr. Casimiro sino, sobre todo, que su situación es insegura y de indisposición económica tanto en el campo de refugiados, en el que fue reasentado por las autoridades de Tanzania a fin de otorgarle (o intentar otorgarle) protección, como también en la capital de Tanzania, Dar es Salaam, a la que se trasladó con posterioridad, concluye de todo ello que ha de serle otorgado el derecho de asilo por él pretendido.

A pesar de la información proporcionada por la delegación del ACNUR en Tanzania, y contrariamente a lo apreciado por la Administración, tomando en consideración la contundencia y expresividad de la demás documentación incorporada a autos, de todo ello se desprende que sí existen motivos para un reasentamiento del solicitante en nuestro país, dado que hay indicios suficientes de que el mismo sufre una persecución de suficiente entidad, personal e individual contra él (e incluso contra su familia) por razones políticas en su país de origen, y también en el tercer país al que se trasladó, y frente a la que las autoridades tanzanas no han sido capaces de otorgarle la protección por él demandada con riesgo, si no para su vida, sí al menos para su integridad física.

En consecuencia, el recurrente ha conseguido acreditar razonablemente la existencia de un temor fundado a ser perseguido tanto en su país de origen como en Tanzania, como conse-

cuencia de su actividad en defensa de los Derechos Humanos llevada a cabo en dicha República Democrática del Congo.

Situación que, en opinión de la Sala, constituye un supuesto de asilo procediendo, por tanto, la estimación del recurso y la revocación de la resolución administrativa impugnada.

[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo, Sección 1.^a), 3 de mayo de 2006. Ponente: Sra. D.^a Nieves Buisan García.]

F: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2006/181794.

2007-20

ASILO.–ADMISIÓN A TRÁMITE: Matrimonio forzoso como persecución protegible bajo el título «persecución social». Consecuencias del retardo en la formulación de la solicitud de asilo.

Fundamentos de Derecho

Quinto. [...] Ciertamente, esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo [SSTS de 7 de julio de 2005 (RJ 2005, 5167), rec. núm. 2107/2002], que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entra las persecuciones sociales [SSTS de 31 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4295) –rec. núm. 1836/2002–, 9 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7051) –rec. núm. 3428/2002– y 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9506) –rec. núm. 3930/2002–], y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entra esas persecuciones sociales (STS de 28 de febrero de 2006, rec. núm. 735/2003). En esta última sentencia transcribíamos un informe del ACNUR que resulta sumamente expresivo de la situación de las mujeres en Nigeria y que resulta conveniente transcribir también aquí. Decía aquel informe: «según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país».

Partiendo, pues, de la base de que el relato expuesto por la interesada al pedir asilo expresaba una persecución protegible, merecedora por ello del trámite, hemos de plantearnos si el retraso en la formulación de su solicitud (cierto, pues aquella tardó seis meses en presentarla desde que llegó a España) es motivo suficiente para justificar la decisión de inadmitirla a trámite, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.6.d) de la Ley de Asilo en relación con el artículo 7.2 de su Reglamento de aplicación (RCL 1995, 741) (a cuyo tenor: «Cuando se trate de un solicitante que haya permanecido en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado una solicitud de asilo teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá incursa en el párrafo d) del apartado 6 del artículo 5 de la Ley 5/1984, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, y se examinará por el procedimiento ordinario de inadmisión a trámite»).

Sobre esta concreta causa de inadmisión nos hemos pronunciado en numerosas sentencias [v. gr., en STS de 23 de junio de 2004 (RJ 2004, 5065) –rec. núm. 3411/2000–], en las que hemos declarado:

Primero, que no es lógico presumir que por el transcurso del plazo de un mes devengan manifiestamente falsos o inverosímiles los hechos, datos o alegaciones en que se base la solicitud. Lo que sí es lógico presumir en quien se mantiene durante ese tiempo en situación de estancia ilegal, con el consiguiente riesgo de ser expulsado, es que esta consecuencia no le atemoriza, o que no hay en él el temor de ser perseguido ni la imperiosa necesidad de ser protegido, de buscar refugio, en suma. Es ésta la presunción lógica y la que guarda coherencia con el inciso final del número 1 del artículo 7 del Reglamento, que al contemplar el supuesto de causas sobrevenidas en el país de origen, computa el plazo del mes a partir del momento en que hayan acontecido los hechos que justifiquen su temor de persecución. Por tanto, lo que cabe presumir por aplicación del artículo 7.2 del Reglamento es que no hay una necesidad de protección [esto es, el tercero de los supuestos contemplados en la letra d) del artículo 5.6 de la Ley]; pero la presunción, en sí misma, no lo es o no se extiende a los otros dos supuestos de esa letra d), referidos, como dijimos, a la falsedad manifiesta y a la inverosimilitud.

Y segundo, que al hilo de lo que acabamos de apuntar, la presunción que establece ese artículo 7.2 no es más que una presunción iuris tantum que, como tal, admite prueba en contrario; y por consiguiente: a) la presunción no entra en juego cuando lo que ya obra en el expediente administrativo hace que el temor de persecución deba tenerse por fundado, pues en este caso la presunción ya ha de tenerse por desvirtuada; b) entra en juego, pues, cuando a la vista de dicho expediente y, por ende, de lo expuesto por el solicitante moroso, haya dudas razonables sobre lo fundado del temor de ser perseguido, y c) en este caso, y a diferencia de lo que es regla general, traslada al solicitante la carga de destruir la presunción, bien justificando el retraso en su solicitud, bien despejando las dudas sobre lo fundado del temor de persecución que dice experimentar.

Pues bien, la Sala de instancia, en la sentencia aquí recurrida, razona con buen criterio que los hechos relatados por la solicitante de asilo son de los que puedan dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, pero aun así desestima el recurso en atención al dato objetivo de que la solicitud se había presentado una vez excedido el plazo señalado en el tan citado artículo 7.2. Empero, como acabamos de argumentar, la presunción de pérdida de vigencia de la persecución (que no de inverosimilitud del relato) que en ese precepto se establece no es una presunción iuris et de iure de ineludible aplicación, sino una presunción iuris tantum que puede ser desvirtuada mediante una eficaz prueba en contrario; prueba que incluso puede no ser tan necesaria si a la vista de los términos del relato cabe ya extraer las razones justificativas de la tardanza en la solicitud.

Pues bien, en el presente caso ocurre que la interesada es una mujer de escasa formación, que llegó a Algeciras (según relata) en un barco como polizón junto con otras veinte personas, y que razonablemente podía sentir temor o reparo en comparecer ante las Autoridades y Fuerzas de Seguridad españolas y explicar las razones de persecución por razón de sexo por las que había huido de su país; razones éstas que son, a juicio de esta Sala, suficientes para justificar la tardanza en la solicitud del asilo.

Fallamos

3.º Reconocemos el derecho de D.ª Marisol a que su solicitud de asilo en España sea admitida a trámite.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a) de 23 de junio de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, RJ 2006/3544.

En el mismo sentido:

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.^a), de 28 de febrero de 2006. Ponente D. Enrique Cancer Lalanne.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2006/5765.

2007-21

ASILO.–ADMISIÓN A TRÁMITE: Discriminación/marginación en el ámbito laboral por motivos políticos, persecución protegible.

Fundamentos de Derecho

Sexto. [...] La situación de marginación o discriminación en el ámbito laboral, o la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo, pueden merecer la protección que otorga el asilo, siempre y cuando esa situación de marginación o discriminación está originada en alguno de los motivos de persecución contemplados en la Convención de Ginebra de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464); y este es el caso del recurrente, según expone, por lo que su solicitud merece al menos su admisión a trámite, a fin de que pueda justificar sus alegaciones.

Ciertamente, puede convenirse con la Administración en que la solicitud inicial de asilo no exponía hechos constitutivos de una persecución protegible, pues sólo se narraron entonces razones económicas. Empero, el posterior relato incorporado a la petición de reexamen expone, con mayor precisión, unos hechos que permiten apreciar la invocación de una persecución encuadrable entre las causas de asilo recogidas en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843), pues lo que el recurrente sostiene es que intentó salir ilegalmente de Cuba en balsa en dos ocasiones, siendo interceptado en ambas, y detenido la segunda de ellas. Desde entonces, al considerársele persona desafecta, no ha podido tener ninguna clase de trabajo, por lo que no puede subsistir.

[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 5.^a), 30 de junio de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR 2006/6287.

En un sentido similar:

[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 5.^a), 30 de junio de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, 2006/4484.

2007-22

ASILO.—RETROACCIÓN DE ACTUACIONES: Por no haber dispuesto el solicitante de asilo de asistencia letrada.*Fundamentos de Derecho*

Quinto. Ahora bien, alega también el recurrente que no dispuso de asistencia jurídica gratuita ni gozó de ninguna clase de asistencia letrada en el curso del expediente, con vulneración del artículo 8 del RD 203/95 (RCL 1995, 741) y del artículo 20 de la LO 4/2000, y en este punto hemos de darle la razón.

En efecto, apreciamos que no hay en el expediente (a diferencia de otros muchos asuntos de los que ha conocido esta Sala) ninguna diligencia por la que se ofreciera al solicitante la posibilidad de pedir la designación de Abogado de oficio o renunciar a esa facultad. Tan solo hay, al folio 1.3, una diligencia informativa por la que indicaba a aquél la posibilidad de «entrar en contacto con un Abogado de su elección a los efectos de ser asistido jurídicamente», lo que es muy distinto. En conclusión, no se ofreció al solicitante la posibilidad de recabar un Abogado de oficio; ni consta en el propio expediente que aquél renunciara a ese derecho a la asistencia letrada. No hay tampoco, en el expediente, ningún trámite o diligencia en que conste la firma de un Letrado que asesorase al solicitante. Más aún, en el listado de datos personales obrante a los folios 2.1 y 2.2 del expediente figuran los siguientes datos: «Intérprete: S. Abogado: N», pareciendo claro que esa letra «N» sólo puede interpretarse en el sentido de que el solicitante de asilo no contó con la asistencia de Letrado que le asesorase. Conclusión ésta que se refuerza por el hecho de que, habiéndose aducido tal circunstancia en la demanda, el Abogado del Estado ni se refirió a ella en su contestación, ni aportó documento alguno que pudiera demostrar lo contrario. Así las cosas, los trámites realizados al tiempo de solicitar el asilo se desarrollaron, de hecho, sin asistencia alguna de Letrado, sin que se haya dado, por la Administración demandada, razón alguna (en vía administrativa ni luego en el curso del proceso, ni ahora en casación) justificante de tal situación.

A la hora de valorar la trascendencia de estos datos, hemos de recordar una vez más que Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (RCL 1994, 1420, 1556), señala en su artículo 4.1 que «Cuando el extranjero que pretenda solicitar asilo se encuentre dentro del territorio español [...] En todo caso, tendrá derecho a asistencia letrada, intérprete y atención médica», añadiendo el artículo 5.4 que «El solicitante de asilo será instruido por la autoridad a la que se dirigiera de los derechos que le corresponden de conformidad con esta Ley y, en particular, del derecho a la asistencia de abogado».

Las previsiones legales que se acaban de transcribir han sido desarrolladas por el Reglamento de aplicación de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (RCL 1995, 741), que en su artículo 5.2 señala que «Los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional serán informados por la autoridad a la que se dirijan de [...] los derechos que le corresponden de conformidad con la Ley 5/1984, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en particular del derecho a intérprete y a la asistencia letrada». Por otra parte, el artículo 8.4 de la misma norma reglamentaria, expresamente citado por la parte actora, reitera que «Los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional tendrán derecho a intérprete y asistencia letrada para la formalización de su solicitud y durante todo el procedimiento».

Siempre en el mismo sentido, la Ley 1/1996, de 10 de enero (RCL 1996, 145), de Asistencia Jurídica Gratuita, establece en su artículo 2 que «en los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) los ciudadanos español-

les, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residen legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar», añadiendo en su apartado f) que «en el orden Contencioso-Administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo».

Situados en la perspectiva que resulta de este marco normativo, hemos de concluir que la falta de cualquier información al interesado sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio derivó en una situación real y efectiva de indefensión para él, con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada.

Ello conlleva la estimación del presente recurso y la anulación de la resolución que es objeto de este proceso con la consiguiente retroacción de actuaciones administrativas en el expediente de su razón, a fin de que se reinicie el expediente administrativo con observancia desde el principio del derecho de asistencia letrada del recurrente incluso de oficio, debiendo seguirse la tramitación de dicho procedimiento con estricto cumplimiento de lo que dispone el ordenamiento jurídico.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo, Sección 5.ª), de 16 de junio de 2006. Ponente. Sr. D. Enrique Cancero Lalanne.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/7019.

VIII. DERECHOS HUMANOS

2007-23

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

Undécimo. En el undécimo motivo del recurso se denuncia infringido el derecho a la segunda instancia. Se alega que el recurso de casación no constituye un recurso efectivo a que tiene derecho el acusado. Esta Sala, en reiteradas sentencias —cfr. STS 1860/2000, de 4 de diciembre (RJ 2000, 10177)—, se ha pronunciado ante igual invocación, afirmando que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (RCL 1977, 893), según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley. Ahora bien, y como bien razona el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, dada la diversidad de sistemas procesales que funcionan en el ámbito territorial del Pacto, la posibilidad del acceso a la doble instancia viene determinada por las características de las Leyes procedimentales de cada país y aunque esa revisión deba tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un Tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior. Por ello nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el recurso de casación penal tenga un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido Pacto Internacional y «satisface la obligación asumida por el Estado español al incorporar sus previsiones al derecho interno por la vía del artículo 96 de nuestra Constitución (RCL 1978, 2836)».

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 mencionado en esa sentencia de la Sala y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) 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.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretado con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

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 prescriba 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 (RCL 1977, 893).

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 ensanchando 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 residencia 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.

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 (RCL 1979, 2421).

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

Fallo

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 23 de enero de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, RJ 2006/605.

En el mismo sentido, entre otras:

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 18 de mayo de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2006/3571.

2007-24

DERECHOS HUMANOS.—Los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, incluidas las que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación prosrita por el artículo 14 de la CE, a la luz de lo dispuesto en el 10.2 de la Constitución.

Fundamentos de Derecho

2. (E)s notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (RCL 1999, 1190, 1572) (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo [STEDH de 21 de diciembre de 1999 (TEDH 1999, 72), caso *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*, § 28]; insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas [SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos *L. y V. contra Austria* (TEDH 2003, 2), § 48, y *SL contra Austria* (JUR 2003, 14875), § 37, o 24 de julio de 2003 (TEDH 2003, 50), caso *Karner contra Austria*, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004 (TEDH 2004, 9), caso *B. B. contra Reino Unido*; 21 de octubre de 2004, caso *Woditschka y Wilfing contra Austria*; 3 de febrero de 2005 (TEDH 2005, 12), caso *Ladner contra Austria*; 26 de mayo de 2005 (TEDH 2005, 57), caso *Wolfmeyer contra Austria*, o 2 de junio de 2005, caso *H. G. y G. B. contra Austria*].

Del mismo modo, y en relación con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488/1992, caso *Toonen contra Australia*, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941/2000, caso *Young contra Australia*, § 10.4).

Finalmente, es imprescindible la cita del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (RCL 1999, 1205 ter), que contiene la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Pueden mencionarse entre otras, por aludir a esa previsión o a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005 (LCEur 2005, 2463), relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 (LCEur 2004, 3586), relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril

de 2004 (LCEur 2004, 3082), por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 (LCEur 2004, 2637), relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 (LCEur 2004, 155), relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 (LCEur 2003, 3124), sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por otra parte, el artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

En definitiva, los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, también los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución. Bajo esas circunstancias, extendiendo a estos terrenos la doctrina constitucional sentada en relación con otros motivos de discriminación –distintos en su causa pero coincidentes en la protección constitucional que precisan–, concluiremos que en el ámbito de las relaciones laborales la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanzará tanto a decisiones causales como el despido, como a decisiones empresariales ad nutum. Y es que la paridad que impone el segundo inciso del artículo 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sea cual sea su orientación sexual.

[Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 13 de febrero de 2006. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera.]

F.: Aranzadi Westlaw, RTC 2006/41.

2007-25

DERECHOS HUMANOS.–Alcance del derecho a la defensa.

Fundamentos de Derecho

Quinto.–[...] b) Pues bien, centrándonos en el derecho de defensa, el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) contiene las notas esenciales de este derecho, así dispone: «todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por su defensor de su elección y si no tiene medios para pagarlo, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan».

En esta línea la STEDH de 25 de abril de 83 (TEDH 1983, 6) (caso Pakelli) declaró que dicho precepto, artículo 6.3 c) del Convenio, «garantiza tres derechos al acusado: a defender-

se por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita».

En nuestra Constitución (RCL 1978, 2836) la propia redacción del artículo 24.2, según la cual todos tiene «derecho a la defensa y a la asistencia de letrado», nos permite distinguir dos facetas de este genérico derecho de defensa: la primera designaría la actividad desarrollada individualmente por la propia parte. La segunda la ejercitada profesionalmente por el abogado defensor.

En el proceso penal, donde se enfrentan el derecho de la sociedad a castigar las conductas punibles y el derecho del acusado a defenderse, estando en juego primordialmente el derecho de libertad y la propia dignidad de la persona, el derecho a la autodefensa o defensa privada cobra singular relieve y la misma LECrim. (LEG 1882, 16) [...] la contempla, aunque limitadamente. Así, por ejemplo, en la fase instructora, la asistencia personal a las diligencias de investigación, artículo 333 con posibilidad de formular observaciones en la diligencia de inspección ocular y asistir al reconocimiento por peritos de los lugares, armas, instrumentos y efectos a que los artículos 334 y 335 se refieren, artículo 336, en los casos de prueba preconstituída, artículo 448, a declarar cuantas veces quiera y cuando estime pertinente para su defensa a lo largo del sumario, artículos 396 y 400; a su presencia al acto del informe pericial, artículo 476, registro de un domicilio, artículo 569.1, de papeles y efectos, artículo 576, y apertura y registro de la correspondencia postal, artículo 584. Por su parte, en la fase del juicio oral, el acusado puede plantear su conformidad a la pena solicitada por la acusación, artículos 655 y 688, así como ejercitar su derecho a la última palabra, artículo 739.

Estas posibilidades de autodefensa se resumen en que la participación del imputado exigen su presencia activa y audiencia, exigencia que se reconducen a la propia significación del principio de contradicción en su desarrollo procesal y que constituyen lo que la doctrina denomina un conjunto de «derechos instrumentales».

Muy explícita es la doctrina del Tribunal Constitucional S. 59/95 (RTC 1995, 59) de 10.3, FJ 3: «el derecho a la defensa privada o derecho a defenderse por sí mismo, aun en el contexto de una cultura jurídica como la nuestra, caracterizada por el predominio de la defensa técnica, forma parte, ciertamente, del derecho más genérico, reconocido en el artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836), «a la defensa», alguna de cuyas manifestaciones instrumentales aparecen expresamente en el propio precepto: así los derechos a ser informados de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo o el derecho a no confesarse culpable [...].

Mas recientemente, hemos señalado como el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no solo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [arts. 6.3 c) y 14.3 d) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893 reseñados], en la medida en que lo regulen las Leyes procesales de cada país reguladoras del Derecho».

Con arreglo a este entendimiento o interpretación del artículo 24.2 CE. relación con el artículo 6.3 c) CEDH, el derecho a defenderse por sí mismo no se agota, aun comprendiéndolo en determinados supuestos, en su dimensión de derecho alternativo al derecho a la asistencia técnica, sino que posee siempre un contenido propio, relativamente autónomo, en cuanto expresión del carácter, en cierto modo, dual de la defensa penal, integrada normalmente por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su abogado defensor, con independencia del desigual protagonismo de ambos.

Ciertamente este ámbito autónomo de la autodefensa no permite la disponibilidad por el acusado a la propia defensa y asistencia técnica. La sentencia del Tribunal Constitucional 59/95 antes citada nos da la respuesta a esta posibilidad:

«El contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica.»

«La propia Comisión Europea de Derechos Humanos así lo ha entendido al apreciar que el artículo 6.3 c) CEDH «no garantiza al acusado el derecho de decidir el mismo de que manera asegurará su defensa, correspondiendo a las autoridades competentes decidir si el acusado se defenderá por sí mismo o con asistencia de un abogado elegido por él mismo o nombrado de oficio».

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 14 de junio de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Bautista Berdugo y Gómez de la Torre.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/4759.

2007-26

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

Fundamentos jurídicos

Primero. [...]A diferencia de tal ética, una ética universal 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. Para una ética universal, la validez de las normas morales depende no del valor posicional histórico de las metas políticas y sociales de grupos individuales, partidos o género; sino de la fundamentalidad racional con respecto a los fines generales de la humanidad cuyo significado, entre otros, es el de género humano, es decir el conjunto pasado, presente y por venir de los seres humanos, y lo que éstos tienen en común. Hitos de esta ética universal son la declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 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 de 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 su 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 como en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (ambos de 1956) 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 lo representa el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales que reafirman 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 mínimo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia 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 Instrucción de Madrid, Alcalá de Henares, de 12 de enero de 2006. Ponente: Sr. D. Jesús María Hernández Moreno.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-27

Fundamentos de Derecho

Tercero. [...] Obtenida sentencia de cambio de sexo, que no contiene declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos [Resoluciones Dirección General de los Registros y del Notariado 8 (2) (RJ 2001, 2568) y (RJ 2001, 2569) y 31 enero 2001 (RJ 2001, 5095), con apoyo en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 noviembre 1950 (RCL 1979, 2421)].

[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Palma de Mallorca, núm. 35/2006 (núm. 3), de 26 de enero. Ponente Sr. D. Juan Gabriel Álvarez Rodríguez.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-28

DERECHOS HUMANOS.—Alegación de instrumentos y/o tratados internacionales. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

V. El derecho fundamental de la persona al matrimonio no ampara los matrimonios simulados por ser falsos matrimonios

En el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia deben conjugarse dos factores que sólo aparentemente son contrapuestos.

En primer lugar, debe siempre respetarse el ius connubii, o «derecho a contraer matrimonio libremente». Se trata de un derecho subjetivo de toda persona, español o extranjero, recogido en la Constitución española [art. 32 CE (RCL 1978, 2836)]. Este ius connubii o ius nubendi también se recoge en ciertos textos y Convenios internacionales vigentes en Derecho español. Entre ellos cabe citar los siguientes: a) artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General, de 10 diciembre 1948 (LEG 1948, 1), cuyo texto indica que «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio»; b) artículo 23.2

del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (RCL 1977, 893), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, cuyo texto indica: «2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello»; c) artículo 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979, 2421) (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979), cuyo texto precisa que «[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las Leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho»; d) artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE (LCEur 2000, 3480) (DOUE C364 de 18 diciembre 2000), cuyo texto indica que «[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las Leyes nacionales que regulen su ejercicio». Por tanto, toda persona goza del derecho subjetivo a contraer matrimonio de manera libre con la persona que desee, dentro de los límites marcados por la Ley, que en este punto son más bien escasos (limitación de matrimonios entre parientes muy cercanos, imposibilidad de matrimonio poligámico, limitaciones por razón de edad, etc.).

Sin embargo, en segundo lugar, resulta deseable erradicar estos matrimonios de complacencia por varias razones de naturaleza diversa. Así, desde una perspectiva de estricto Derecho Privado, estos matrimonios de complacencia son «falsos matrimonios». No son válidos, sino «nulos de pleno derecho», porque estos «matrimonios de complacencia» alteran el sentido de la institución matrimonial, pues no hay verdadera voluntad de constituir un matrimonio como «unión conyugal y comunidad de vida entre los esposos dirigida a formar una familia». Se vulnera el artículo 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (LEG 1948, 1), que expresa que «sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio». Se infringe asimismo el artículo 1 núm. 1 de la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraerlo y registro de los mismos hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 (RCL 1969, 984), conforme al cual «No podrá contraer legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos cónyuges». Por tanto, ya que los «matrimonios de complacencia» están afectados por una causa de nulidad de pleno derecho, se debe evitar primero su celebración y, en caso de que hayan sido celebrados, impedir su inscripción en el Registro Civil, pues lo contrario supondría «dar efectos» a un «matrimonio nulo de pleno derecho». Ello generaría problemas de enorme envergadura en el campo del Derecho Privado: podría crearse una sociedad de gananciales entre personas que no tienen ninguna relación personal, sociedad que algún día habrá que disolver; surgen obligaciones entre los cónyuges, como los alimentos, que pueden ser reclamadas por un cónyuge a otro, la paternidad de los hijos de la esposa se atribuye, ex lege, al marido en virtud de la «presunción de paternidad sobre los hijos matrimoniales» que suelen establecer todas las legislaciones civiles, etc. Por ello, es conveniente que estos «matrimonios de complacencia» no accedan al Registro Civil y que no se beneficien, a través de ello, de la «presunción de legalidad» de los actos inscritos en el Registro Civil [art. 2 LRC (RCL 1957, 777)].

[Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de enero de 2006.]

F.: Aranzadi Westlaw.

R.E.D.I., vol. LIX (2007), 1

2007-29

Fundamentos de Derecho

Quinto. [...] Y es que, aun cuando es cierto que el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada; en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación del los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, Regulado por la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina (RCL 1999, 2638, 2822) y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos [SSTS de 12 de enero (RJ 2001, 3) y 11 de mayo 2001 (RJ 2001, 6197)]. En la propia Carta 2000/C.E. 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 3, se prescribe respecto a la integridad de la persona: «En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la Ley», no es menos cierto que, como establece la STS de 2 de julio de 2002 (RJ 2002, 5514), Sala 1.ª, el incumplimiento del deber de información es fuente de responsabilidad civil con independencia de si se da una relación de causalidad entre información negligente y el resultado dañoso producido y esta responsabilidad encuentra su fundamento, como destaca la STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 3323), en el desplazamiento de los riesgos de la operación del paciente que no fue destinatario de una información objetiva veraz, completa y asequible, a los médicos intervinientes que los asumen por sí solos al no advertirlos al paciente.

[Sentencia del Juzgado de Instancia de Murcia, Murcia, núm. 53/2006 (núm. 10), de 3 de marzo.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-30

DERECHOS HUMANOS.—Alegación de jurisprudencia internacional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto: accidente ferroviario en la estación de ferrocarril de Chinchilla (Albacete), el día 3 de junio de 2003.

Fundamentos de Derecho

Primero. [...] como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996 (TEDH 1996, 7), cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna...» [STS (Sala 2.ª) de 21 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 1213)].

[...] pues como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996 (TEDH 1996, 7), cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explica-

ción alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna...» [STS (Sala 2.ª) de 21 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 1213)].

[Sentencia del Juzgado de lo Penal de Albacete, Albacete, núm. 156/2006 (Sección 1), de 2 de junio.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-31

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

Fundamentos de Derecho

Quinto. [...] Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de «pensamientos, ideas y opiniones» (art. 20-1-a) CE sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas [STS 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990, 105); S. 23 de abril de 1992 (TEDH 1992, 1)] sin que sea necesariamente predicable la veracidad en el sentido informativo dado que del acierto o desacierto de lo que se opine o exponga, deciden en definitiva los que leen, escuchan o ven [STS 2 julio 2004 (RJ 2004, 5341)].

[Sentencia del Juzgado de Instancia de Murcia, Murcia, núm. 53/2006 (núm. 10), de 3 de marzo.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-32

DERECHOS HUMANOS.—Alegación de instrumentos y/o tratados internacionales. Alegación de jurisprudencia internacional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Fundamentos de Derecho

Sexto. [...] Aunque son escasas las referencias internacionales sobre el ruido, ha sido a través de instancias internacionales donde se ha producido la relación directa entre los mecanismos de la lucha contra el ruido y la defensa de los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física, concretamente a través de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A través de la aplicación del convenio se vincula la violación de derechos a las molestias derivadas de los ruidos producidos en aeropuertos británicos (Sentencia del TEDH de 21/2/1990 «...el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow ha disminuido la calidad de vida privada y el disfrute del hogar de los dos demandantes [...]. Por R.E.D.I., vol. LIX (2007), 1

consiguiente, el art. 8 del Convenio ha de tenerse en cuenta en relación al Sr. Powell y al Sr. Rayner»)

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, núm. 332/2006, de 3 de mayo.]

F.: Aranzadi Westlaw.

IX. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

2007-33

CRÍMENES DE GUERRA. JUSTICIA UNIVERSAL.—Caso José Couso.

Fundamentos de Derecho

Sexto. [...] Por lo tanto, procede determinar si en los hechos de autos concurren los elementos típicos de la figura incriminada. Estos elementos son los siguientes:

- 1.º Ámbito de comisión: Existencia de un conflicto armado internacional.*
- 2.º Nexo entre el conflicto armado internacional y los resultados lesivos.*
- 3.º Sujeto activo.—Pueden pertenecer a fuerzas armadas o ser personas civiles vinculadas con una de las partes contendientes.*
- 4.º Sujeto pasivo.—Son personas que ostenten la cualidad de personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra y Protocolo I Adicional citados.*
- 5.º Intencionalidad dolosa.*
- 6.º Carácter de infracción grave al IV Convenio (arts. 146 y 147 del Protocolo I Adicional).*
- 7.º Mecánica delictiva: Realizar u ordenar realizar ataques indiscriminados o excesivos, o hacer objeto a la población civil de ataques (art. 611.1.º CP).*

Sexto (sic). A continuación examinamos los referidos elementos, en relación con el caso.

1.º Los hechos se producen dentro de un conflicto armado internacional cual es la conocida guerra de Irak, iniciada el 20 de marzo de 2003.

2.º Los resultados de dos muertes se producen precisamente en el conflicto armado internacional, y derivan directamente del mismo.

3.º Los tres presuntos sujetos activos que se imputan, pertenecen a las Fuerzas Armadas Norteamericanas, en el ejercicio de sus misiones dentro de la disciplina militar de Estados Unidos de América.

4.º Los dos fallecidos son dos periodistas, de nacionalidad española y ucraniana, considerados como personas civiles protegidas ya por el IV Convenio (RCL 1952, 1244) in genere, limitándose el Protocolo I Adicional (RCL 1989, 1646, 2187 y 2197) a contemplar específicamente la cualidad periodística (ex art. 79).

5.º y 6.º Intencionalidad dolosa y carácter de infracción grave al IV Convenio: Los artículos 146 y 147 del IV Convenio, consideran infracciones graves al presente Convenio el homicidio «adrede». Correlativamente, como Normas de transposición, el Legislador español dio entrada en el CP de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) al Título XXIV «De los delitos contra la comunidad internacional», estableciendo en su Capítulo III (arts. 608 a 614) los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, modificado por la

Ley Orgánica 15/03 (RCL 2003, 2744 y RCL 2004, 695, 903), en vigor a partir del 1/10/04, en cuyo seno se alberga el tipo imputado (art. 611, en relación con el art. 608.3.º).

El citado artículo 611 establece una relación de concurso real entre el que el Derecho Internacional Penal considera «crimen de guerra» y los delitos de resultado producido, de modo que el dolo intencional debe darse, tanto en el primero como en los segundos (asesinatos del art. 139 del CP, según el Instructor y las acusaciones).

Es un hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación que, en el caso de autos, sucedido 20 días después de la entrada en Irak por la frontera de Kuwait de las tropas estadounidenses y británicas, se libra una violenta batalla entre las tropas estadounidenses y la Guardia Republicana de Irak, para la culminación de la toma de Bagdad, enfrentándose violentamente ambos contendientes por el control del estratégico puente «Jamurohara», batalla que dura varias horas, y en la que las unidades norteamericanas son hostigadas con abundante fuego artillero y armas ligeras, llegando a producirse bajas americanas. En este contexto de guerra violenta y peligrosa la intervención de las comunicaciones iraquíes pone en alerta al ejército americano que desde el Hotel Palestina, situado al otro lado del Río Tigris, existe una unidad iraquí desde la que se dirige el tiro de su artillería contra las unidades norteamericanas, de modo que tras su aparente localización, realizada a gran distancia, se dirige un único y directo disparo contra lo que parece ser un puesto de observación y dirección de tiro, con tan mala fortuna que en el punto al que se dirigió el proyectil se encontraban los dos camarógrafos fallecidos.

En consecuencia, no se trata de un acto intencional doloso de causar la muerte de dos personas civiles protegidas, sino de un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado, y no concurre en los hechos el requisito de intencionalidad dolosa o «adrede» en las muertes de personas civiles, o como es de requerir respecto de la figura del asesinato en el CP español, el dolo directo de matar a personas civiles, que lo hace incompatible con la imprudencia.

7.º) Mecánica delictiva. El artículo 611.1.º requiere realizar u ordenar realizar ataques a-Indiscriminados, b-Excesivos, o c-Contra la población civil.

Esta Norma remite a los artículos 48 y 51 del Protocolo I Adicional (RCL 1989, 1646, 2187 y 2197), de acuerdo con las que las partes contendientes harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.

Se prohíben los ataques indiscriminados, que son, en lo que hace al caso, los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto.

Se prohíben los ataques excesivos, que son los ataques, cuando sea de prever que causarían incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

El disparo del tanque norteamericano se dirigió específicamente contra una unidad erróneamente identificada como combatiente, y consecuentemente fue dirigido únicamente contra un objetivo militar, en el ámbito de las intenciones. En este plano, no fue indiscriminado, al estar dirigido contra ese objetivo militar concreto. Y no fue excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, sino proporcional y limitado al punto que ponía en riesgo a las unidades norteamericanas.

Séptimo.—En consecuencia, no concurren los elementos típicos necesarios para constituir la figura penal, del artículo 611.1.º en relación con el artículo 608.3.º del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), y con las infracciones graves al IV Convenio de Ginebra (RCL 1952, 1244), artículos 146 y 147, por lo que no hay que entrar en el análisis de la posible aplicación del párrafo segundo del citado artículo 146, según el cual cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado come-

ter, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad, y podrá también, si lo prefiriese y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra parte contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra parte contratante haya formulado contra ella suficientes cargos.

Octavo. El Libro Primero de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), se refiere a la extensión y los límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, y más específicamente a los límites de la jurisdicción española en el orden penal.

El artículo 23 recoge como criterios para determinar el ámbito de la jurisdicción española: 1.–El de territorialidad, que no concurre al no haber sucedido los hechos en territorio español, ni en buques o aeronaves españoles. 2.–El criterio de personalidad activa, que no se da, por no ser los imputados ciudadanos españoles. 3.–El principio de protección real, inaplicable por no referirse las conductas a los tipos que se determinan. 4.–El principio de justicia universal para determinados crímenes internacionales, recogiendo expresa verbis determinados delitos –letras a) a g)– y al final, como cláusula de cierre, h), cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España, que comprende las infracciones graves a los Convenios de Ginebra (RCL 1952, 1184), (RCL 1952, 1193), (RCL 1952, 1244) y (RCL 1952, 1251). Correlativamente, el artículo 65. núm. 1.º, e), establece la competencia de la Audiencia Nacional sobre los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

Por lo tanto, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para conocer de los hechos que dieron lugar a las diligencias, y es procedente estimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal.

Noveno. Aunque ya se ha resuelto la falta de jurisdicción en el caso de autos, ha ocupado las deliberaciones del Tribunal la aplicación del principio de persecución universal a los crímenes de guerra, en la que sería conveniente, como se deduce de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26/9/05 (RTC 2005, 237), una reforma legislativa que impusiese algún límite de la acción penal en su persecución (cuando efectivamente se den aquellos crímenes) ante los órganos judiciales españoles, como así parece entenderlo el propio legislador en reciente reforma de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) [por LO 3/2005, de 8 de julio (RCL 2005, 1470)], al introducir en el artículo 23.4 LOPJ, como delito sometido a jurisdicción universal la mutilación genital femenina, exigiendo que los responsables se encuentren en España.

Parte dispositiva

La Sala acuerda: Estimar el recurso formulado por el Ministerio Fiscal, contra el Auto de 19/10/05, cuya reforma fue desestimada por el Juzgado en Auto de 28/10/05, y en su consecuencia:

1.º Declarar la falta de jurisdicción para perseguir los hechos por los que se han seguido las Diligencias Previas 99/03, del Juzgado Central de Instrucción núm. 1.

2.º Revocar y dejar sin efecto el Auto de 19/10/05 por el que se acuerda la busca, captura y detención a efectos de extradición de los militares norteamericanos Sargento Thomas, Capitán Philip, y Teniente Coronel Philip.

3.º Decretar el archivo de las diligencias previas núm. 99/03 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, debiendo dejar sin efecto el Juzgado las diligencias que estén en trámite de cumplimiento, y en particular las ordenes de detención.

[Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.ª), de 8 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando García Nicolás.]

F.: Westlaw Aranzadi, JUR 2006/126471.

2007-34

JUSTICIA UNIVERSAL.—Condiciones para el ejercicio del principio de justicia de conformidad con las disposiciones de derecho español.*Fundamentos de Derecho*

Segundo. [...] 1. La jurisprudencia de esta Sala sobre el principio de la justicia universal se ha alineado con quienes piensan que, dentro del orden de la comunidad internacional, este principio permite y refuerza una protección deseable de los derechos fundamentales frente a los abusos de poder que los desconocen masivamente. Desde este punto de vista estimamos que el principio de la justicia universal de nuestro derecho no debe ser neutralizado por la instauración de la Corte Penal Internacional, pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecerá, mediante una acción descentralizada de persecución de los delitos contra la humanidad, la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma podría dejar desprotegidos y el aumento de la protección de valores básicos de la comunidad internacional.

Ello no nos ha impedido, como tampoco se lo ha impedido a quienes propugnan con energía este punto de vista, que hayamos considerado, en consonancia con una difundida opinión y una notoria práctica europea en esta materia, el peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación.

En este sentido, la STS 327/2003 (RJ 2003, 2147) (tanto en el voto de la mayoría como el de la minoría) interpretó el alcance del principio de la jurisdicción universal del artículo 23.4 LOPJ reflejando una consistente línea de la jurisprudencia de otros Estados de la Unión Europea, es decir, armonizando la extensión de esa disposición con otros principios de no menor jerarquía del derecho internacional público, tanto convencional como consuetudinario.

2. Ciertamente es que —como lo resaltó el Ministerio Fiscal— no es posible por ahora establecer si en los hechos relatados en la querrela se dan todos los elementos del tipo del artículo 607 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), pues ello requeriría un pronunciamiento sobre los elementos normativos del tipo que caracterizan a los grupos sobre los que debe recaer la acción del delito de genocidio. Pero, el objeto del presente recurso se limita a la cuestión de si la jurisdicción española es competente para entender en estos hechos. La constatación de la concurrencia de los elementos del delito, por el contrario, es de la competencia del Juzgado de Instrucción, según lo establece el artículo 313 LECrim y tiene un régimen de recursos que nos impide pronunciarnos ahora sobre tales elementos sin privar a los recurrentes de la posibilidad de apelación que al respecto les acuerda la Ley procesal.

Tercero. En consecuencia, reducido el objeto del recurso a la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, siendo esta una materia regida, al menos en parte, por el artículo 24.1 CE, la Sala estima que, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 5.1 LOPJ, el artículo 23.4 LOPJ debe ser interpretado sin tomar en consideración ninguna articulación posible de este principio con otros del ordenamiento jurídico. Esta decisión no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha decidido en la STC 237/2005 —anulando la STS 327/2003— que el artículo 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, es incompatible con el artículo 24.1 CE por ser «en extremo rigorista» y «abiertamente restrictiva». El Tribunal

Constitucional se apoyó en sus precedentes de las SSTC 321/1993 (RTC 1993, 321) y 357/1999 (RTC 1999, 357). Por su parte, la STS 327/2003 había decidido que el artículo 23.4 LOPJ, que establece el principio de la jurisdicción universal respecto de los delitos de genocidio, debe ser interpretado de tal manera que no elimine otros principios vigentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional, en particular el principio de no intervención previsto en la Carta de Naciones Unidas.

[...] la sentencia y el voto particular no discreparon en cuanto a la técnica interpretativa del texto del artículo 23.4 LOPJ. [...] En otras palabras el objeto de la discrepancia entre la mayoría y la minoría de la Sala se refería a la apreciación de los hechos del caso, es decir, sobre una materia ajena a la jurisdicción constitucional. [...]

Quinto. En la STC 237/2005 el Tribunal Constitucional entendió equivocadamente nuestra sentencia y le atribuyó como ratio decisionis un argumento no decisivo utilizado en ella. En efecto: la sentencia no estimó parcialmente el recurso basándose en que «sólo cuando viniera expresamente autorizado en el derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del artículo 96 CE como del artículo 27 del Convenio sobre derecho de los tratados» (FJ 5 de la STC). La sentencia del Tribunal Supremo sólo sostiene que la jurisdicción universal en materia de delitos de genocidio «no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio» [...]

En el Fundamento Jurídico 8.º de nuestra sentencia ya se había establecido que el genocidio aparecía entre los delitos que fundamentan la jurisdicción universal según la Ley española, aclarando, sin embargo, que ese artículo «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 alguno de los delitos a los que se refiere [el artículo 23.4 LOPJ]». [...]

Sexto. El Tribunal Constitucional estimó que esta interpretación consistía en una «reducción teleológica de la Ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico» y que ello sería contradictorio con el artículo 23.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) porque «la LOPJ 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 reglas de atribución competencial» (FJ 3). El carácter absoluto del principio sólo se ha deducido de la circunstancia de que el texto no menciona ningún límite expreso. Sin embargo, afirma el Tribunal Constitucional, contradiciendo abiertamente lo anteriormente transcrito, que éste «no es el único canon de aplicación del precepto, [ni significa] que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación». Dicho con otras palabras, se trataría de un principio universal «absoluto», que, no obstante, toleraría ser relativizado para «restringir su ámbito de aplicación».

a) *La reducción teleológica del alcance meramente gramatical del texto de una norma legal no constituye ninguna prohibición interpretativa. [...]*

b) *El Tribunal Constitucional, de todos modos, parece haber estimado que los criterios reguladores que, según se vio, podrían restringir el ámbito de aplicación del artículo 23.4 LOPJ, no serían aplicables en el caso del genocidio y que sólo podrían operar en otros delitos como el tráfico de drogas, etc. La razón de este doble alcance del mismo texto legal no ha sido puesta de manifiesto y, en todo caso, es difícil de comprender. El carácter absoluto del artículo 23.4 LOPJ en lo referente al genocidio ha sido fundamentado por el Tribunal Constitucional, además, en el espíritu del Convenio contra la comisión de este delito (RCL 1969, 248). Se argumenta, en este sentido, que una limitación como la establecida por el Tribunal Supremo «entra en franca colisión» con el «espíritu del Convenio» [...]*

(E)l argumento basado en el supuesto espíritu del Convenio contra el genocidio es difícilmente defendible. Son más los elementos que apuntan en sentido contrario que los que, no sin un considerable esfuerzo, podrían apoyar la afirmación del Tribunal Constitucional. [...]

c) Al citar en apoyo de su decisión las SSTC 321/1993 (RTC 1993, 321) y 35/1999 (RTC 1999, 35), es evidente que el Tribunal Constitucional ha considerado que nuestra sentencia comporta un «rigor desproporcionado» en la aplicación del artículo 23.4 LOPJ desde la perspectiva del principio de proporcionalidad [...]

La cuestión de si España tiene o no jurisdicción no puede, en consecuencia, ser más o menos proporcionada, pues la proporción, en todo caso, requiere una comparación entre una acción y una consecuencia jurídica cuantificable. La decisión sobre la jurisdicción no se adopta dentro de un marco de estas características, sino dentro de una alternativa excluyente y no cuantitativa: la decisión debe ser afirmativa o negativa y viene determinada por normas nacionales e internacionales [...]

d) Tampoco es censurable la interpretación del Tribunal Supremo desde la perspectiva de otros criterios de enjuiciamiento que emplea el Tribunal Constitucional [...] Una interpretación, como la de nuestra STS 327/2003 (RJ 2003, 2147), apoyada en la articulación de dos principios jurídicos indiscutibles, como lo son el principio de no intervención (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas) y el de la jurisdicción universal, no puede ser nunca una interpretación arbitraria o infundada, sobre todo cuando tal articulación es aceptada en la doctrina y en la práctica de otros tribunales europeos que llegan a conclusiones similares, a partir de normas positivas análogas a las nuestras [...]

Séptimo. Aclarado que la interpretación del Tribunal Supremo no puede ser ni arbitraria, ni infundada, ni metodológicamente extravagante, es preciso analizar las consideraciones del Tribunal Constitucional respecto de los puntos de apoyo comparativos expresados en nuestra sentencia. En la STC 237/2005 se pone en duda que la interpretación del artículo 23.4 LOPJ realizada por esta Sala pueda ser apoyada en las referencias que nuestra sentencia contiene [...]

Décimo. En esta discusión es conveniente tener presente que incluso cualificados juristas que propugnan concepciones amplias de la jurisdicción universal en la doctrina, señalan que el principio de la jurisdicción universal encierra «ciertos peligros futuros que no pueden ser totalmente excluidos» y que «la apertura del ámbito jurídico estatal a la intervención de Estados terceros encierra un considerable potencial de arbitrariedades», reconociendo que estas consecuencias, particularmente las concernientes al forum shopping, no permiten pensar que el principio de la jurisdicción universal sea una «solución ideal». Estos peligros de abuso son los que actualmente inducen a la comunidad jurídica a reflexionar precisamente sobre la necesidad de requerir «puntos de contacto adicionales», que limiten el alcance del principio.

[...] En conclusión, parece claro que nada está más alejado del pensamiento jurídico internacional que la idea de un principio absoluto de la jurisdicción universal, que la STC 237/2005 ha establecido. Por el contrario, los conceptos expuestos por la sentencia del Tribunal Supremo, tanto por la mayoría del Tribunal como por los Magistrados que suscribieron el voto particular, reflejan rigurosamente las cuestiones actuales de la aplicación del principio de la justicia universal, reconocidos por otros Estados de la Unión Europea, que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

FALLO

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Vicente, Juan Ignacio, Cosme y otros, contra auto dictado el día 29 de abril de 2005 por la Audiencia Nacional, en causa seguida por delitos de genocidio

y torturas; casamos y anulamos dicho auto, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

En su virtud declaramos la competencia de los Tribunales españoles para entender en la instrucción y juicio de los hechos contenidos en la querrela interpuesta por los recurrentes.

[**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 2 de junio de 2006.** Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, RJ 2006/5184.

X. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

2007-35

DERECHO COMUNITARIO.—Aplicación Reglamento comunitario. Competencia autonómica para desarrollar, ejecutar y aplicar el Derecho comunitario en su ámbito territorial si *ratione materiae* las CCAA ostentan esa competencia.

Fundamentos de Derecho

Tercero. A los efectos de abordar el problema que se suscita derivado de la concurrencia entre competencias autonómicas específicas en materia de agricultura y la genérica competencia estatal en materia de ordenación general de la economía, vamos a remitirnos a la Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 24 de junio de 2004 (RJ 2005, 5530) y en concreto a transcribir su Fundamento de Derecho Quinto:

«Quinto.—Los principios fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que pueden afectar a esta materia pueden resumirse así:

A) *Conforme a la pauta sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al interpretar el artículo 249 (antiguo art. 189) del Tratado (LCEur 1986, 8), los reglamentos comunitarios han de tener una directa, inmediata y —salvo excepciones regladas— simultánea aplicación en el conjunto del territorio de la Comunidad, sin necesidad de acto estatal alguno previo que posibilite su incorporación formal al Derecho interno o autorice o condicione su plena eficacia en el espacio jurídico estatal.*

[...]

D) *Debe reconocerse la competencia autonómica para adoptar las disposiciones necesarias en complemento del derecho comunitario europeo y para ejecutar y aplicar en su ámbito territorial la normativa comunitaria siempre que, *ratione materiae* (por razón de la materia), las comunidades autónomas ostenten esa competencia y no rebasen la linde establecida por la normativa comunitaria y la estatal básica o de coordinación [sentencia del Tribunal Constitucional 79/1992, de 28 de mayo (RTC 1992, 79), fundamentos 3 y 6].*

[...]

F) *En los procesos en que se discute la competencia estatal o comunitaria, el derecho comunitario no es, per se (por sí mismo), canon o parámetro directo de contraste y examen de los actos y disposiciones de los poderes públicos y no pueden hacerse valer otros motivos de inconstitucionalidad (que, ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, son de ilegalidad) de los actos o disposiciones que los que atañen a la vulneración de las reglas constitucionales y estatu-*

tarias de distribución de competencias [sentencia del Tribunal Constitucional 122/1989, de 6 de julio (RTC 1989, 122)]. Sólo puede tomarse en consideración la normativa comunitaria para concluir que la controvertida es una cuestión que cae dentro de la esfera del derecho comunitario, y no en la del reparto interno de competencias, objeto del conflicto constitucional [sentencia del Tribunal Constitucional 236/1991, de 12 de diciembre (RTC 1991, 236), fundamento 10] o para aplicar correctamente el esquema interno de distribución de competencias [sentencia del Tribunal Constitucional 128/1999 (RTC 1999, 1 28), fundamento 9], mediante una más precisa determinación del título competencial en disputa, que ha de realizarse atendiendo al carácter de las normas objeto de la controversia competencial [sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998, de 22 de enero (RTC 1998, 13), fundamento 4].

G) *La ejecución del derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, puesto que no existe una competencia específica para dicha ejecución (sentencia del Tribunal Constitucional 236/1991, de 12 de diciembre, fundamento 9), a pesar de que el artículo 93 de la Constitución (RCL 1978, 2836) necesariamente ha de dotar al Gobierno de los instrumentos necesarios para desempeñar una función de garantía (sentencia del Tribunal Constitucional 252/1988, fundamento 2). La cláusula de responsabilidad se articula por medio de una serie de poderes que permitan al Estado llevar a la práctica los compromisos adoptados [sentencia del Tribunal Constitucional 80/1993, de 8 de marzo (RTC 1993, 80), fundamento 3]. Esta función de garantía puede obligar, en supuestos de concurrencia competencial, a articular el ejercicio de las competencias propias del Estado y las comunidades autónomas de modo tal que, sin invadir el ámbito competencial ajeno, no obstaculicen el desempeño de las funciones que la Constitución y los Estatutos les atribuyen ni impongan cargas innecesarias a los administrados [sentencias del Tribunal Constitucional 252/1988, fundamento 2, y 79/1992, de 28 de mayo (RTC 1992, 79), fundamento 1].*

Esto no quiere decir que la previsión del artículo 93 de la Constitución configure por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado que pueda desplazar o sustituir la competencia autonómica, ni por conexión a un supremo interés nacional, ni porque se apele a una expectativa de eficacia ni, en fin, por invocación de un simple motivo de utilidad o mera conveniencia [sentencia del Tribunal Constitucional 80/1993, de 8 de marzo (RTC 1993, 80), fundamento 3].

[Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de la Audiencia Nacional, de 7 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Tomás García Gonzalo.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-36

DERECHO COMUNITARIO.—Aplicación Derecho originario. Principios del Derecho Comunitario en materia de libre prestación de servicios y de capitales.

Fundamentos de Derecho

Tercero. [...] Pues bien, en contra de la calificación, confirmada por la DGRN, no existe ninguna norma jurídica en el ordenamiento español que prive de eficacia a efectos registrales a una escritura otorgada por un Notario extranjero sino que, antes al contrario, los preceptos anteriormente transcritos permiten con carácter general el acceso al Registro español de títulos extranjeros, admisibilidad que debe ser interpretada con criterio extensivo, además, en el caso de los documentos que provengan de otro Estado de la Unión Europea. La interpretación que realiza la DGRN, al incidir en aspectos accesorios (se detienen en el análisis de los controles fiscales, urbanísticos y de prevención del blanqueo de dinero así como las medidas de protección

a favor de los adquirentes que el ordenamiento español impone a los Notarios) resulta contraria a los principios del Derecho Comunitario en materia de libre prestación de servicios, en especial los artículos 49 y 53 del Tratado de Roma (LCEur 1986, 8). Recordemos que el artículo 53 expresamente dispone que «Los Estados miembros se declaran dispuestos a proceder a una liberalización de los servicios más amplia que la exigida en virtud de las directivas adoptadas en aplicación del apartado 1 artículo 52, si su situación económica general y la del sector afectado se lo permiten», previsión que mal se compadece con la doctrina emanada de la Resolución recurrida. De otra parte, si se contempla la cuestión desde la perspectiva de la libre circulación de capitales, ha de estarse al principio general del artículo 56 del TCCE «quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países» y exigir la intervención de fedatario español en las transmisiones de inmuebles debe ser considerado con una verdadera restricción.

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, Santa Cruz de Tenerife, (núm. 6), de 9 de marzo de 2006.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-37

DERECHO COMUNITARIO.—Aplicación Derecho originario.

Fundamentos de Derecho

Cuarto. Sobre la alusión que el recurrente hace en su recurso al artículo de ayudas públicas, hay que señalar que esta posible clasificación del acto denunciado no es objeto de la denuncia presentada y evaluada por el SDC, y que, en último caso, tal y como señala el SDC éstas ni están prohibidas por la LDC ni por el Tratado de la UE (RCL 1999/1205 ter), y solo serían evaluables por la Comisión Europea. Los órganos nacionales encargados de la competencia no tienen la posibilidad de abrir expedientes sobre ayudas públicas. La Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989/1591), en su artículo 19.3, exclusivamente permite al TDC que emita, de oficio o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, un informe sobre los criterios de la concesión de las ayudas públicas en cuanto a sus efectos sobre la competencia. Pero no es ésa la cuestión que se plantea por el recurrente.

[Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 8 de marzo de 2006.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-38

DERECHO COMUNITARIO.—Aplicación de decisión comunitaria

Fundamentos de Derecho

Tercero. [...] Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de enero de 1990 (RCL 1994/1000), ratificado en nuestro país por Instrumento de 23 de julio de 1993 (BOE 05/04/1994), suprimió las fronteras interiores entre

los Estados signatarios, creando una única frontera exterior, en la que habrán de efectuarse los controles de entrada al espacio Schengen con arreglo a criterios y procedimientos homogéneos para todos los Estados parte.

De hecho, el artículo 5.1 del Convenio exige una serie de requisitos para los extranjeros, de documentación, visado, etc., que no cumplían los setenta y tres inmigrantes devueltos. Por tanto, en aplicación de artículo 23.1 del citado Convenio (RCL 1994/1000) se exige que «El extranjero que no cumpla [...] las condiciones de corta estancia aplicables en el territorio de una de las Partes Contratantes deberá, en principio, abandonar sin demora el territorio de las Partes Contratantes».

Por tanto, la devolución de quienes no reúnan tales condiciones viene exigida no sólo por la policía de fronteras que debe realizar los servicios de la Administración del Estado, sino también en cumplimiento de tales compromisos internacionales, y en el caso del Acuerdo Schengen se encuentra integrado en el marco de la Unión Europea mediante el Tratado de Amsterdam (RCL 1999/1205, 2084 y LCEur 1997/3620).

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía, Melilla, núm. 113/2006, de 24 de febrero.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-39

DERECHO COMUNITARIO.—Alegación jurisprudencia del TJUE.

Fundamentos de Derecho

Séptimo. [...] La ausencia de prueba sobre los aspectos formales del acuerdo expresado no implica en modo alguno su inexistencia, ya sea en forma expresa, ya tácita, teniendo en cuenta que para este caso, como señaló el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 14 de julio de 1972, tales prácticas concertadas constituyen «una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas».

[Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 10 de mayo de 2006. Ponente: Sr. D. Javier Huerta Trolez.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-40

DERECHO COMUNITARIO.—«Eficacia vertical» de las directivas comunitarias. No aplicación de norma interna contraria al Derecho comunitario. Alegación de jurisprudencia del TJUE.

Fundamentos de Derecho

Cuarto. La cuestión controvertida ha sido ya resuelta por la Sala [entre otras SSAN 2 de enero de 2006, Rec. 431/04 y Rec 47/05 de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006, 119459)]. Así

hemos dicho que: «La aplicación directa de la Sexta Directiva (LCEur 1977, 138), interpretada exactamente en la forma expuesta por la demandante, cuenta ya al momento de dictarse esta sentencia con el aval de otra sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que ha venido a corroborar la tesis mantenida en la demanda, por lo que el presente recurso deberá ser estimado.

Así la STJCE de 6 de octubre de 2005 (TJCE 2005, 292) («Incumplimiento del Estado-Artículos 17 y 19 de Sexta Directiva-IVA-Subvenciones-Limitación del derecho a deducción») dictada en el asunto C-204/03, que ha tenido por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España ha decidido:

«1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios: Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, en su versión modificada por la Directiva 95/7/CE del Consejo, de 10 de abril de 1995 (LCEur 1995, 827), al prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones.

2) Condenar en costas al Reino de España.»

Y ello por entender, en síntesis, que la norma general que figura en la Ley 37/1992 (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) amplía de forma ilegal la limitación del derecho a deducción prevista en el artículo 17, apartado 5, en relación con el artículo 19 de la Sexta Directiva, ya que dicha limitación no sólo se aplica a los sujetos pasivos mixtos, sino también a los sujetos pasivos totales, considerando, en definitiva, que la norma especial introduce un criterio para el cálculo de la deducción que no está previsto en la Sexta Directiva y que es contrario a ésta.

En concreto, la apreciación del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en la referida sentencia es la que sigue:

«21. El artículo 17, apartado 2, de la Sexta Directiva enuncia el principio del derecho a la deducción del IVA. Éste se aplica al impuesto soportado por la adquisición de los bienes o servicios que el sujeto pasivo utilice para las necesidades de sus operaciones gravadas.

22. Cuando el sujeto pasivo efectúe indistintamente operaciones gravadas con derecho a deducción y operaciones exentas que no conlleven tal derecho, el artículo 17, apartado 5, de la citada Directiva prevé que sólo se admitirá la deducción por la parte del IVA que sea proporcional a la cuantía de las operaciones gravadas. Esta prorrata se calcula con arreglo a la fórmula establecida en el artículo 19 de la Directiva.

23. Como ha recordado el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones, toda limitación del derecho a deducción incide en el nivel de la carga fiscal y debe aplicarse de manera similar en todos los Estados miembros. Por ello, sólo se permiten excepciones en los casos previstos expresamente por la Sexta Directiva [véanse, en particular, las sentencias del 21 de septiembre de 1988 (TJCE 1989, 31), Comisión/Francia, 50/87, Rec. p. 4797, apartado 17; de 6 de junio de 1995 (TJCE 1995, 117), BP Soupergaz, C-62/93, Rec. p. I-1883, apartado 18, y de 8 de enero de 2002 (TJCE 2002, 2), Metropol y Stadler, C-409/99, Rec. p. I-81, apartado 42].

24. A este respecto, debe advertirse que el artículo 19 de la Sexta Directiva (LCEur 1977, 138), titulado “Cálculo de la prorrata de deducción”, remite de forma expresa al artículo 17, apartado 5, de la misma Directiva, al que está íntegramente vinculado.

25. Por tanto, las disposiciones del artículo 19, apartado 1, segundo guión, relativa a las subvenciones que no sean las enunciadas en el artículo 11, parte A, apartado 1, letra a), de la

Sexta Directiva, esto es, a las subvenciones que no estén vinculadas al precio del bien o servicio suministrado y que no formen parte de la base imponible del IVA, deben ser interpretados a la luz de dicho artículo 17, apartado 5. Pues bien, este último precepto sólo se refiere a los sujetos pasivos mixtos, como se desprende expresamente de su tenor literal. De ahí que el citado artículo 19, apartado 1, segundo guión, al no tratarse de una excepción aplicable a los sujetos pasivos mixtos y totales, únicamente permite limitar el derecho a deducción, mediante la toma en consideración de las subvenciones antes definidas, en el caso de los sujetos pasivos mixtos.

26. *Por consiguiente, la norma general contenida en la Ley 37/1992 (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401), que amplía la limitación del derecho a deducción mediante su aplicación a los sujetos pasivos totales, introduce una restricción mayor que la prevista expresamente en los artículos 17, apartado 5, y 19 de la Sexta Directiva e incumple las disposiciones de dicha Directiva.*

27. *En lo que se refiere a la norma especial establecida por la citada Ley, basta con señalar que instaure un criterio de limitación del derecho a deducción que no está previsto en los artículos 17, apartado 5, y 19 de la Sexta Directiva ni en ninguna otra disposición de ésta. En consecuencia, tal criterio no está autorizado por la citada Directiva.*

28. *La alegación del Gobierno español, según la cual la interpretación que propone del artículo 19 de la Sexta Directiva es más adecuada para garantizar el equilibrio en materia de competencia y, por tanto, el cumplimiento del principio de neutralidad del IVA, debe ser rechazada. En efecto, los Estados miembros están obligados a aplicar la Sexta Directiva aunque la consideren mejorable. Como se desprende de la sentencia de 8 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 306), Comisión/Países Bajos (C-338/98, Rec. p. I-8265), apartados 55 y 56, aunque la interpretación propuesta por algunos Estados miembros permitiese alcanzar mejor determinados objetivos perseguidos por la Sexta Directiva, como la neutralidad del impuesto, sigue siendo cierto que dichos Estados no pueden eludir la aplicación de las disposiciones expresamente establecidas en ella, en este caso mediante la introducción de limitaciones del derecho a deducción distintas de las previstas en los artículos 17 y 19 de la citada Directiva.*

29. *Por lo que respecta a la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia que ha solicitado el Gobierno español, debe recordarse que sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a establecerla.*

30. *Para ello, como ha señalado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, es necesario que pueda acreditarse que las autoridades estatales fueron incitadas a adoptar una normativa o a observar una conducta contraria al Derecho comunitario en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión [véase, en este sentido, la sentencia de 12 de septiembre de 2000 (TJCE 2000, 191), Comisión/Reino Unido, C-359/97, Rec. p. I-6355, apartado 92]. Pues bien, en este caso no existía tal incertidumbre. No procede, por tanto, limitar los efectos en el tiempo de la presente sentencia.*

31. *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la Sexta Directiva (LCEur 1977, 138), al prever una prorrateo de deducción del IVA soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones».*

Y la aplicación de dicha doctrina al caso ha de conllevar la estimación del recurso al haber sido, como decimos, ratificada la tesis expuesta en la demanda, debiendo reconocerse a la actora el derecho a la devolución de las cantidades que hubiera tenido derecho a deducir de no haber aplicado la normativa española antes reseñada y que ha sido declarada posteriormente contraria al derecho comunitario.

Finalmente, para disipar las dudas que pudiera plantear la aplicación de la anterior STCE se ha dictado bien recientemente la Resolución 2/2005, de 14 de noviembre (RCL 2005, 2272), de la Dirección General de Tributos, «sobre la incidencia en el derecho a la deducción en el Impuesto sobre el Valor Añadido de la percepción de subvenciones no vinculadas al precio de las operaciones a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005 (TJCE 2005, 292), en la que se sientan los criterios relevantes al respecto».

Quinto. De todo lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso con la paralela anulación de la resolución impugnada por su desconformidad a Derecho.

[Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de la Audiencia Nacional, de 21 de abril de 2006. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Mercedes Pedraz Calvo.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-41

DERECHO COMUNITARIO.—La existencia de una directiva comunitaria menos restrictiva que la normativa nacional no es óbice para el cumplimiento de ésta.

Fundamentos de Derecho

Tercero. [...] Las previsiones del Convenio hay que enmarcarlas en la normativa derivada de la Dir 89/654/CEE (LCEur 1989, 1886); o el RD 486/1997 (RCL 1997, 975) y posteriores; [...].

[...]

Sexto. [...] El hecho de que la Directiva de 86/188 de la CEE (LCEur 1986, 1738), sitúe entre 85 y 90 decibelios, la exigencia de medidas protectoras no es óbice al necesario cumplimiento de lo establecido en la propia normativa española de la que se deja hecha mención. En otro aspecto, conviene señalar que el Real Decreto 1995/1978 (RCL 1978, 1832), regulador de las Enfermedades Profesionales, incluye como tal la hipoacusia producida por el ruido, situando este último en el nivel sonoro equivalente a 80 decibelios. Las directivas de la CEE han sido renovadas por otras posteriores de la UE, que incluso rebajan los niveles de obligatoriedad de las medidas de protección en cuanto a la intensidad del ruido.

[Sentencia del Juzgado de lo Social de la Región de Murcia, Murcia, núm. 134/2006, de 5 de junio. Ponente: Sr. D. Ramón Álvarez Laita.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-42

DERECHO COMUNITARIO.—Mención Resolución del Consejo.

V. El derecho fundamental de la persona al matrimonio no ampara los matrimonios simulados por ser falsos matrimonios

[...]

Además, desde una perspectiva de Derecho Público (Derecho de la Nacionalidad y Derecho de Extranjería), estos «matrimonios de complacencia» potencian el fraude a las normas de

nacionalidad y extranjería, como indica la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 1997 (LCEur 1997, 4201) (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997).

[...]

VII. Prueba de la simulación en el expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio

[...]

Por tanto, la citada Instrucción de este Centro Directivo de 9 de enero de 1995 debe emplearse como un medio de «control preventivo y previo» no sólo de la «capacidad matrimonial», sino también del «consentimiento matrimonial» de los contrayentes. Facultad de control previo que reconoce a los Estados miembros de la Unión Europea la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos [DOCE C 382 de 16 diciembre 1997 (LCEur 1997, 4201)], que expresamente hace la salvedad de que «la presente Resolución no menoscaba la facultad de los Estados miembros para comprobar en su caso, antes de celebrarse un matrimonio, si se trata de un matrimonio fraudulento».

[Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de enero de 2006].

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-43

DERECHO COMUNITARIO.—Libre circulación de trabajadores. Deportistas profesionales. Aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad a nacionales de Estados con los que las Comunidades Europeas tienen acuerdos especiales de cooperación y colaboración. Alegación de jurisprudencia del TJCE.

Fundamentos de Derecho

Segundo. En cuanto al fondo de la cuestión planteada, aunque en la actualidad carece de virtualidad ya que Lituania ha pasado a formar parte de la Unión Europea y, por tanto, los nacionales de ese país disfrutan de los derechos reconocidos en los Tratados y, entre otros, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, es similar a otros recursos, como el planteado en la Apelación 5/03, resuelta por sentencia de 8 de julio de 2005; en ese procedimiento se acordó plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuestión prejudicial sobre la interpretación de una norma (el art. 23) del Acuerdo de cooperación y colaboración entre, por una parte las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y, por otra, la Federación rusa, hecho en Corfú el 24 de junio de 1994, alegada por el allí recurrente que le habilitaba para que le fuese otorgada por la Federación correspondiente la licencia de jugador comunitario.

El Tribunal comunitario respondió en los términos siguientes:

«El artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, firmado en Corfú el 24 de junio de 1994 y aprobado en nombre de las Comunidades mediante la Decisión 97/800/CECA (LCEur 1997, 4008), CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 30 de octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que

se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo».

A la vista de esta contestación, en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades realiza la interpretación de una norma del Acuerdo con Rusia, similar a la del Acuerdo con Lituania, objeto de la resolución impugnada, procede declarar que dicha resolución, en el extremo aquí analizado, es contraria a la realizada por el Tribunal de Luxemburgo, como resulta claramente de la parte dispositiva de la sentencia que se acaba de transcribir, y que es el órgano competente para realizarla, según lo establecido en el artículo 234 CE (RCL 1978, 2836), que despeja las dudas que se planteaban a la Sala y que, por las razones expuestas en el Auto mencionado, decidió realizar el reenvío a la instancia comunitaria en el recurso de apelación de referencia y motivó la suspensión del presente procedimiento al tratarse de problemas similares y por tanto vinculados por la interpretación realizada por el órgano judicial europeo.

Tercero. Sin necesidad de reproducir ahora los fundamentos jurídicos de la sentencia prejudicial, baste recordar que las razones por las que se estima que la interpretación restrictiva y discriminatoria realizada por la instancia nacional es contraria al artículo 23.1. del Acuerdo con la Federación Rusa, que establece en favor de los jugadores rusos contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro, un derecho a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo que tiene el mismo alcance que el que, en términos similares, reconoce el artículo 39.2 CE (RCL 1978, 2836) a los nacionales de los Estados miembros, que se opone a una limitación basada en la nacionalidad, como la que es objeto del presente recurso, sin que ninguna otra norma del citado Acuerdo pueda servir de fundamento para que los Estados miembros restrinjan de manera discrecional la aplicación del principio de no discriminación, lo que vaciaría de contenido al artículo 23.1 del propio Acuerdo y le privaría, por tanto, de cualquier efecto útil.

Aunque referida al Acuerdo con Rusia, la doctrina es perfectamente aplicable al caso en que se trata de un Acuerdo de las Comunidades Europeas con Lituania, con más razón aún ya que dicho Acuerdo fue realizado con vistas a la adhesión de dicho país a las Comunidades, lo que obliga a una interpretación de sus normas más acorde con la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad consagrada en el derecho comunitario, lo que no respetó la resolución impugnada que, por ello, debe ser anulada en ese extremo.

[Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, de la Audiencia Nacional, de 22 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Terrero Chacón].

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-44

DERECHO COMUNITARIO.–Planteamiento de cuestión prejudicial: apreciación por el juez nacional de su pertinencia. No procede por resultar innecesario el reenvío. Alcance de la cuestión prejudicial. Alegación de jurisprudencia del TJCE.

Fundamentos de Derecho

[...]

Cuarto. Sentado lo anterior debe rechazarse ya la pretensión de planteamiento de cuestión prejudicial suscitada por la recurrente que ni siquiera, en apoyo de su tesis, procede a

transcribir en sede casacional cuáles eran las interpretaciones que pretendía fueran dirigidas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

No argumenta ante este Tribunal al formular tal pedimento que su pretensión sea decisiva para la resolución del pleito exponiendo las razones concretas del caso aunque sí menciona genérica doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la obligación de los Tribunales nacionales para plantear la cuestión salvo que no existan dudas razonables sobre la manera de resolver la cuestión. Cita la sentencia Cilfit, asunto 283/81, fallado el 6 de octubre de 1982 referida a la cuestión prejudicial contemplada inicialmente en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957 más que actualmente en la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, tras la modificación del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, y de Niza, de 26 de febrero de 2001, se recoge en el artículo 234. Suscita la complejidad normalmente atribuida al ordenamiento jurídico comunitario mas no razona como se desarrolla tal complicación en el caso de autos. No basta con sostener que la Sala de instancia ha argumentado de forma incorrecta, sino que debería exponer las razones en que dicha atribuida inexactitud incide en el ordenamiento comunitario. Tampoco cabe remitirse a los razonamientos suscitados con ocasión de los motivos deducidos por constituir dos ámbitos distintos.

Pese a tal incompleto razonamiento debemos comenzar diciendo que no hay duda de que este Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional que en nuestro ordenamiento se pronuncia en última instancia, tiene potestad para aceptar o rechazar el planteamiento. Pero, además, puede no solo acoger una u otra de las fórmulas manifestadas en instancia expresándola en la forma que reputa adecuada a la resolución del litigio, sino también dirigir las preguntas que reputa convenientes para esclarecer el caso.

Si acudimos al contenido del recurso Contencioso-Administrativo suscitado en instancia observamos que, tras la interposición de la demanda, fue presentado un escrito en pretensión de que se formularan determinadas preguntas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a los Reglamentos que han establecido la organización común de mercados en el sector del lino –justamente los que enumera en el punto 1 del motivo segundo– y la norma autonómica de la que venimos hablando que exige para beneficiarse de la ayuda comunitaria que las parcelas no estuviesen cultivadas del mismo producto que en la campaña anterior.

La esencia de la cuestión radica en si los Estados Miembros, a través de la administración competente, gozan de tal poder de desarrollo ya que tal aspecto concreto no figura en norma comunitaria alguna respecto al resto de productores de otros Estados Miembros ni tampoco en norma estatal atribuible al Reino de España.

Quinto. Un primer argumento a tener en cuenta reside en la propia doctrina del Tribunal de Justicia. Así, en su sentencia de 7 de junio de 2005, asunto 17/2003 (TJCE 2005, 170), Eneco NV y otros, recuerda que «Dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 Tratado de la Unión, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Éste sólo puede declarar la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando la cuestión es general o hipotética [véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1997 (TJCE 1995, 240), asunto Bosman; de 27 de noviembre de 1997, (TJCE 1997, 244) asunto Somalfruit y Camar, y de 13 de julio de 2000, asunto Idéal tourisme (TJCE 2000, 178)].

En el mismo sentido en la de 4 de junio de 2002, asunto 99/2000 (TJCE 2002, 177), asunto Lyckeskog, «La obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales nacionales, cuyas deci-

siones no son susceptibles de ulterior recurso, de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial se inscribe en el marco de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su condición de jueces encargados de aplicar el Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia, cooperación establecida a fin de garantizar una aplicación correcta y una interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Esta obligación tiene por objetivo principal impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario [en particular, las sentencias Hoffmann-La Roche de 24 de mayo de 1977 y de 4 de noviembre de 1997 (TJCE 1997, 223), Parfums Christian Dior, C-337/95]».

Posición asumida por este Tribunal entre otras sentencias en las de 13 de junio de 1998, de 17 de noviembre de 2001 y de 20 de junio de 2005, al afirmar 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 de las Comunidades Europeas.

Recordemos que según jurisprudencia reiterada «el Tribunal de Justicia no es competente, en el marco de la aplicación del artículo 234 Tratado de la Unión, para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. No obstante, el tribunal de Justicia puede deducir del texto de las cuestiones formuladas por el juez nacional, a la luz de los datos expuestos por éste, los elementos que dependen de la interpretación del Derecho Comunitario, a fin de permitir a dicho juez resolver el problema jurídico del que conoce» [sentencia del citado Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 292), asunto Köbler, con cita de otro anterior los acumulados 332, 333 y 335 de 1992, Eurico Italia y otros, concluso por sentencia de 3 de marzo de 1994].

Sexto. Debemos rechazar el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, justamente con base en la doctrina del antedicho Tribunal de Justicia expresada en el asunto 283/81 Cilfit de 6 de octubre de 1982, citada de nuevo en el asunto 224/01 de 30 de septiembre de 2003, Köbler.

No utilizamos la doctrina del «acto claro» para eludir el planteamiento de la cuestión prejudicial. Mantenemos que resulta innecesario el reenvío al evidenciarse con toda nitidez cómo debe ser interpretada la disposición reglamentaria de la Comunidad Autónoma sin que la misma incida en una interpretación no uniforme o divergente del derecho comunitario a aplicar por los órganos jurisdiccionales nacionales, que es el fin último a evitar con la cuestión prejudicial.

La primera cuestión a destacar es que no nos hallamos ante un concepto jurídico que pueda tener distinto contenido en derecho comunitario y en los diferentes derechos nacionales (fundamento jurídico 19 de la sentencia Cilfit).

Y el segundo aspecto relevante es la pertinencia de aplicar a este caso concreto la doctrina expresada por el Tribunal de Justicia en el fundamento de derecho 16 de la tantas veces citada sentencia Cilfit cuando afirma que «Finalmente, la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad».

Entendemos que nos encontramos ante un supuesto que no ofrece dudas sobre la manera de resolver aunque no haya sido objeto de interpretación reiterada del TJCE. Mantenemos que la hermenéutica de la Orden del Gobierno autónomo extremeño no deja lugar a duda razonable respecto a la falta de incidencia o divergencia sobre las disposiciones comunitarias.

Pensamos que el conjunto de Reglamentos comunitarios que ordenan el mercado común del lino, en el momento que aquí nos interesa, no resultan concernidos con incidencia comunitaria ni contravenidos cuando la Junta de Extremadura regula las condiciones para acceder a la subvención mediante la exigencia de que no puede ser beneficiario quien hubiere cultivado el mismo producto subvencionado el año anterior en la parcela respecto de la que se interesa la subvención. El desarrollo de esta argumentación la efectuaremos a continuación con ocasión de la interpretación del concepto «faenas normales de cultivo» en el ámbito del lino textil en relación con la precitada regulación autonómica.

[Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 2006. Ponente: Excm. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-45

DERECHO COMUNITARIO.—Juez nacional como juez comunitario. Cuestión prejudicial: alcance. Alegación de jurisprudencia del TJUE.

Fundamentos de Derecho

Segundo. [...] Partiendo de la base de vinculación del Derecho Patrio al Comunitario conforme a los principios de jerarquía y efecto directo proclamados abiertamente por el TJCE, y que hallaban su fundamento en el artículo 5.1 del viejo Tratado CEE (LCEur 1986, 8) –valga por todas las Sentencias Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963, Costa/ENEL de 15 de julio de 1964, Simmenthal de 9 de marzo de 1978 o Comisión contra Francia de 4 de abril de 1978– no resulta difícil admitir que el Juez nacional es igualmente Juez comunitario [Sentencia Francovich de 19 de noviembre de 1991 (TJCE 1991, 296), o de 13 de noviembre de 1990 (TJCE 1991, 78), asunto Marleasing].

Por otro lado, debemos, en segundo lugar, valorar el debido alcance que ha de darse a la cuestión prejudicial comunitaria, ya regulada en el artículo 177 del TCEE y hoy en el artículo 234 TCE. Por un lado ha de reconocerse que no se halla previsto tal procedimiento para apreciar la contradicción del Derecho nacional con el comunitario, sino para la interpretación y alcance de este último (así STJCE Costa/ENEL de 15 de julio de 1964); y no obstante lo dicho, no se desvirtúa porque el TJCE haya realizado una interpretación flexible de sus competencias entrando a valorar las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales de los Estados miembros basadas en la contradicción del Derecho nacional con el comunitario, si bien bajo la perspectiva de interpretar y determinar el alcance de este último. De igual forma hemos de indicar que los Tribunales Nacionales, una vez planteadas tales cuestiones prejudiciales, quedan vinculados por la interpretación hecha por el TJCE, no obstante, tengan libertad de criterio para apreciar tal vulneración del Comunitario por parte del Derecho Patrio. Si bien, dado el papel institucional que ocupa el TJCE no parece muy lógico pasar por alto la interpretación que aquél haya hecho sobre el derecho interno, aunque quede en el plano de la fundamentación jurídica y no de la parte dispositiva de la sentencia.

Por otro lado, una doctrina jurisprudencial emanada del Consejo de Estado Francés y acogida después por el TJCE ha permitido que los Tribunales nacionales puedan evitar el planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria conforme a la denominada doctrina del «acto claro», y ello en tanto en cuanto resulte evidente la falta de contradicción entre uno y otro ordenamiento [STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit 238/1981, 22 de octubre

de 1987, asunto 314/1985, o las resoluciones del TS de España recogidas desde el auto de 27 de enero de 1990 o STS de 17 de abril de 1989 (RJ 1989, 3116), 13 de junio de 1990 (RJ 1990, 4848), y sobre todo en la STS de fecha 9 de junio de 2003 (RJ 2003, 5617), fundamento jurídico 3.º].

[Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de la Audiencia Nacional, de 26 de abril de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Eugenio López Candela.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-46

DERECHO COMUNITARIO.—Vulneración del Derecho originario: inexistencia. Alegación jurisprudencia del TJUE y del TPI.

Fundamentos de Derecho

Cuarto. Finalmente sostiene la demandante que la distribución llevada a cabo por AENA resulta contraria a los artículos 86.1 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (LCEur 1986/8) al haberse aprovechado de su posición relevante para establecer unas condiciones discriminatorias en el uso de los espacios aeroportuarios que ocasionan a Spanair y a las compañías de su alianza importantes desventajas competitivas. La demandada AENA se opone a este motivo alegando en primer lugar que no estamos ante un supuesto de los contemplados en los preceptos mencionados y que no se da en todo caso la actuación abusiva a la que hacen referencia los preceptos invocados en la demanda. La codemandada Iberia sostiene que no se produce la discriminación que sostiene la actora. Aun cuando se dice en la demanda que el motivo se alega con carácter subsidiario para el caso de que se considere que el acto impugnado no es administrativo sino de carácter empresarial sometido al Derecho privado, siendo así que hemos razonado en los fundamentos anteriores que nos hallamos ante un acto administrativo y con ello resultaría innecesario entrar en su examen y consideración, es procedente efectuar no obstante algunas precisiones respecto de las alegaciones de la demandante insistiendo en la ausencia de base material de sus alegaciones. El artículo 86 del Tratado dispone: «1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive», mientras que el 82 es del siguiente tenor: «Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos». En la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de fecha 24 de octubre de 2002 dictada en el asunto C-82/01 P (TJCE 2002/188), seguido entre Aéroports de Paris como parte recurrente, y la Comisión de las Comunidades Europeas y Alpha Flight Services SAS se sostiene la aplicabilidad del artículo 86 del Tratado a las empresas que

gestionan con facultades públicas el dominio público aeroportuario con los siguientes argumentos: «... en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación [...] El Tribunal de Primera Instancia podía considerar así legítimamente, en el apartado 121 de la sentencia recurrida, que permitir la utilización de instalaciones aeroportuarias por parte de las compañías aéreas y de los distintos agentes de servicios, a cambio del pago de una tasa con un tipo fijado libremente por ADP, constituye una actividad de carácter económico. 79. En efecto, según reiterada jurisprudencia, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado [véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 1998 (TJCE 1998/148), Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36, y de 25 de octubre de 2001 (TJCE 2001/294), Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. pg. I-8089, apartado 19]...», mientras que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29/11/2005, dictada en el asunto T52/02 contiene la siguiente afirmación: «... Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato sólo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones que son comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado [sentencia Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión (TJCE 2003/206), citada en el apartado 65 supra, apartado 69, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, BPB de Eendracht/Comisión, T311/94, Rec. p. II-1129, apartado 309]...», por lo que a la vista de los argumentos que expusimos en el fundamento anterior habría de concluirse que en ningún caso se habría producido un trato discriminatorio a favor de Iberia que supusiera la imposición de condiciones desiguales a las diferentes compañías aéreas que operan en el Aeropuerto de Madrid-Barajas para prestaciones equivalentes, condiciones que además ocasionen a la demandante o a sus aliadas una desventaja competitiva. Difícilmente se puede sostener esta afirmación si la actora lo único que pretende en realidad es simplemente seguir operando junto a Oneworld para poder aprovechar sus clientes, pretensión que no guarda relación directa con el espacio terminal que se le asigne en definitiva (recordemos que Iberia solicitó en sus recursos contra el acuerdo del año 2003 que se le asignara una de las dos áreas pero siempre diferenciada de la otra gran alianza para que no se dificultaran sus previsiones de crecimiento).

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad de Madrid, Madrid, núm. 32/2006 (núm. 7), de 10 de febrero.]

F.: Aranzadi Westlaw.