

A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Selección y coordinación a cargo de

Javier ROLDÁN BARBERO

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—2.1. Miscelánea.—2.2. Convenios para evitar la doble imposición.—3. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—3.1. Delito contra la Comunidad Internacional, en su modalidad de atentado contra persona internacionalmente protegida.—3.2. Competencia sancionadora en materia de control de la seguridad nuclear.—3.3. Falsificación de documento público. Ejercicio de la jurisdicción penal española.—4. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.—4.1. Extradición y orden europea de detención y entrega.—4.1.1. Concurrencia de solicitudes.—4.1.2. Extradición: prescripción del delito.—4.1.3. Violación de derechos fundamentales: Derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2. CE).—4.2. Tráfico de drogas y blanqueo de capitales: cooperación policial y judicial en materia penal.—4.3. Tráfico de Drogas: Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961.—5. DERECHO DEL MAR.—6. ASILO Y REFUGIO.—6.1. La exigencia de indicios suficientes sobre la existencia de una persecución grave e individualizada para la concesión del asilo.—6.2. Denegación del derecho de asilo por concurrencia de razones fundadas de constituir un peligro para la seguridad nacional.—6.3. Determinación del Estado miembro de la UE responsable para el examen de la solicitud de asilo.—7. DERECHOS HUMANOS.—7.1. Crímenes contra la Humanidad.—7.2. Tortura y otros tratos inhumanos y degradantes.—7.3. Derechos de la mujer.—7.3.1. Igualdad entre los sexos: art. 14 de la CE y art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.—7.3.2. Igualdad entre los sexos: Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.—7.4. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal.—7.5. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE.—7.6. Apatridia.

* La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el segundo semestre de 2009 y primero de 2010. Colaboran en la presente crónica José F. Castillo García, Francisco Cuesta Rico, Eva Díez Peralta, Ángel Fornieles Gil, Jesús González Giménez, Rossana González González, Carmen López-Jurado, Rafael Marín Aís, Pablo Martín Rodríguez y Antonio Segura Serrano, de las Universidades de Granada y Almería.

1. INTRODUCCIÓN

Conviene, a modo de presentación de la presente crónica, señalar algunas de sus características generales, en particular por lo que se refiere a su campo de estudio:

— La jurisprudencia seleccionada procede sólo del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencia Nacional, con la excepción, motivada por su gran relevancia, de las sentencias referentes al delito contra la comunidad internacional, en su modalidad de atentado contra persona internacionalmente protegida, que fueron dictadas por un Juzgado de lo Penal de Sevilla y, en apelación, por la Audiencia Provincial de esta ciudad;

— Las resoluciones atinentes exclusivamente al Derecho de la Unión Europea no son objeto de esta crónica. En cambio, sí lo son varias resoluciones que se sitúan a caballo entre este ordenamiento jurídico y el propiamente internacional. Es decir, resoluciones que hemos entendido que encierran un interés desde el prisma iusinternacionalista. Son los casos de sentencias dictadas en relación con el asilo, la homologación de títulos universitarios, derechos humanos, seguridad nuclear, extradición (y «euroorden»). En alguna sentencia, no comentada, se distingue precisamente el valor jurídico de las directivas comunitarias del carácter meramente recomendatorio de numerosas resoluciones emanadas de otras organizaciones internacionales (STS 1379/2009, de 30 de diciembre de 2009, S. 2.^a). Sin embargo, también se maneja en ocasiones resueltamente, y sin aclaración ninguna, el *soft law* procedente de la Unión Europea (en relación con una resolución del Parlamento Europeo, véase STS 2676/2005 de 30 de septiembre de 2009, S. 3.^a). Aunque desborda el ámbito y los propósitos de esta sección, tiene interés asimismo significar, por lo que se refiere a la interacción de sistemas jurídicos, la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la UE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (Sentencia de 6 de mayo de 2010. C-63/09). En este supuesto, la decisión prejudicial pronunciada por el Tribunal de Luxemburgo aclara el sentido de la norma europea a la luz del Convenio de Montreal de 1979 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Naturalmente, la sentencia dictada sobre el fondo del asunto por el juez *a quo* aplicó el razonamiento impartido por el TJUE.

— Como es obvio, y ya indicamos y justificamos en la Crónica anterior, la selección del material interesante a efectos internacionales es, dado su volumen y su desigual valor, absolutamente necesaria. De ahí que hayamos tenido que proceder a un proceso de descarte de asuntos que revisten connotaciones internacionales. Lógicamente, la carencia de aplicación directa de muchas normas internacionales y su necesaria implementación mediante normas internas provoca que la aplicación indirecta del Derecho internacional en España sea mucho más abundante e imperceptible de lo que parece. Piénsese en las numerosas inspiraciones e imposiciones internacionales que subyacen a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. Como es natural, no podemos hacernos eco de esta aplicación judicial silenciosa, y hasta inconsciente, del ordenamiento internacional. Menos aún podemos hacerlo de un número ingente de asuntos que, sin aplicar propiamente reglas internacionales, cuentan con un trasfondo de orden internacional (racismo, grupos de inspiración nazi, buen número de resoluciones relacionadas con el terrorismo internacional, alusiones a una pretendida «costumbre cultural» islámica que justificara el sometimiento de una menor al matrimonio y al sexo forzados, etc.). En ocasiones, la referencia jurídico-internacional sí existe, pero es muy tangencial y poco significativa (es el supuesto de algunas sentencias que mencionan colateralmente el Protocolo de Kioto sobre el cambio climático

de 1997, antes de introducirse en la normativa interna que deriva de él y de los textos europeos correspondientes, tal es el caso de la STS 21/2007, Contencioso-Administrativo, de 4 de marzo de 2010). En la STS 93/2008, Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre de 2009, el Alto Tribunal rechaza que la normativa derivada de la FIFA (Federación Internacional de Fútbol) pueda servir para anular una norma administrativa española, como sí sería el caso de un tratado internacional.

— Por último, tampoco es objeto de nuestra crónica, por razones también elementales, aquellos procesos sustanciados en España y que concitan el interés, y hasta el intervencionismo, de terceros Estados: podríamos hablar a este respecto de la suspensión de pagos de Air Comet, que dejó sin viajar a miles de ciudadanos ecuatorianos residentes en España, de resoluciones que atañen a las relaciones Iglesia católica (y, por tanto, Santa Sede)-España, o de la causa judicial seguida en España contra el dictador ecuatoguineano Teodoro Obiang por delitos de naturaleza económica, juicio en el que la propia República africana pretendió, sin éxito, personarse. Sí merece una mención propia en esta Crónica —relativa, en definitiva, al estado de nuestra Justicia en cuestiones jurídico-internacionales— las invectivas proferidas desde el Gobierno *chavista* de Venezuela hacia las instituciones españolas, incluida la administración de la Justicia. La gravedad de los denuestos motivó, el 9 de marzo de 2010, una declaración institucional de repulsa por parte del Consejo General del Poder Judicial (véase el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional por el cual se procesa a miembros de las FARC y de ETA y se pide la extradición de parte de los procesados a los Gobiernos de Cuba y Venezuela). Precisamente, en este supuesto, atinente a la posible —ya probable— colaboración del régimen venezolano con activistas de ETA, se saca a colación un acuerdo de cooperación judicial celebrado por España. Este género de tratados, por cierto, ha seguido concluyéndose o publicándose en el año objeto de esta crónica poniendo de relieve la galopante internacionalización de la justicia (así, el *BOE* de 19 de junio de 2010 publica el Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre España y Colombia). Una Justicia que, en términos generales, ha seguido siendo objeto de la desconfianza mayoritaria de los ciudadanos a pesar de la puesta en práctica de un Plan de Modernización. El imperio de la ley —también del Derecho internacional— está en juego a la hora de articular un sistema judicial rápido y garantista a la vez.

— También dejo simplemente anotados en esta «Introducción» otros asuntos que aluden, siquiera sea implícitamente, a la labor de fiscalización por parte del Poder Judicial de las decisiones e intereses del Ejecutivo en cuestiones exteriores, y viceversa. Así ocurre con el nefando asunto del *Yak-42*, que ya ha sido objeto de una sentencia firme por parte del TS, la 279/2010, datada el 22 de marzo de 2010. El mismo TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en Sentencia de 25 de noviembre de 2009, refuta que el apoyo prestado por España a la intervención armada en Irak en 2003 pueda generar la responsabilidad patrimonial de la Administración por la posible pérdida para el recurrente de la adjudicación de un contrato en aquel país asiático. Otros asuntos de esta naturaleza se siguen desenvolviendo por derroteros procesales, como el relativo a la muerte de José Couso en Irak o a los vuelos, presuntamente ilegales, de la CIA en el espacio soberano español. Naturalmente, la reforma —limitación— introducida en la LOPJ por lo que se refiere a la justicia universal reducirá el activismo judicial en esta materia, como ya se ha observado con el sobreseimiento de algunos casos pendientes, como el relativo al Tíbet contra dirigentes chinos. Aunque el *Caso Garzón* referente al procesamiento por los crímenes del franquismo no está a salvo de las interferencias políticas, le hemos dedicado un apartado y comentario propios por la incidencia —y, sin embargo, menosprecio— que del Derecho internacional se viene haciendo en todo este proceloso asunto.

— Finalmente, algunos temas que han sido objeto ya de una jurisprudencia recogida y glosada en anteriores crónicas han sido reseñados con brevedad, anotando sólo la eventual novedad de la resolución y remitiéndonos a números precedentes de la REDI: así hemos operado con los derechos de las Fuerzas Armadas y su tratamiento jurídico-internacional, con la homologación de títulos universitarios obtenidos en el extranjero o con el recurso a la doble instancia penal, que incorpora el dato sobrevenido de la ratificación por parte de España del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El recurso a normas internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española, como dispone el art. 10.2 de nuestra Carta Magna, ha seguido siendo recurrente, hasta el punto de que he preferido que la Crónica se centre en algunos de sus aspectos específicos. De todas formas, es evidente que nuestros tribunales, sobre todo los más altos, se remiten a menudo a su jurisprudencia anterior, que era la que invocaba las reglas internacionales, de manera que la referencia jurídico-internacional en las nuevas sentencias no aparece expresamente. Conviene también señalar, en este orden de ideas, que la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, efectuada mediante la Ley 6/2007, de 24 de mayo, lleva a cabo, entre otras cosas, una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, entendido abusivamente con frecuencia como una tercera instancia jurisdiccional, «al tiempo que otorga —en palabras de su exposición de motivos— más posibilidades a los tribunales ordinarios para revisar las violaciones de derechos fundamentales...». No deja de ser reseñable, en cualquier caso, que el mandato hermenéutico establecido en este precepto constitucional sea objeto de manipulaciones y de diversidad de opiniones según la norma o decisión internacional, y el sentido de la misma, que se haya querido esgrimir (así me parece que ocurre en los procesos habidos en torno a la asignatura Educación para la Ciudadanía).

— En fin, con las premisas y salvedades hasta aquí enunciadas, pasemos al extracto y correspondiente comentario de las resoluciones judiciales dictadas en España en el periodo y por los tribunales correspondientes. Su clasificación siempre resulta discutible y opinable, aunque solo fuera por la naturaleza transversal que preside la protección de los derechos humanos, presente, de una forma u otra, en gran número y variedad de asuntos judiciales.

Javier ROLDÁN BARBERO

2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

2.1. Miscelánea

Se relacionan a continuación pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales españoles que están relacionados con la aplicación del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico español. Se trata, en su totalidad, de confirmaciones o continuaciones de jurisprudencias ya sentadas y comentadas en estas crónicas, por lo que se reseñan exclusivamente y se hace una remisión a los comentarios ya realizados.

DERECHOS HUMANOS.—Reserva de España a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.^a), de 27 de julio de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Juliani Hernán.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079150012009100138.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de los Militares, Sección 1.^a), de 16 de julio de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079150012009200031.

Véase comentario en *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 148-155.

DERECHOS HUMANOS.—Educación para la ciudadanía.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7.^a), de 3 de diciembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj): 28079130072009100571

Véase comentario en *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 187-193.

DERECHOS HUMANOS.—Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Autos del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 13 de abril, 11 de mayo, de 8 de junio y de 24 de junio de 2010. Ponentes: Ilmos. Sres. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. José Antonio Seijas Frías y Dña. Encarnación Roca Trías.

Referencias Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj): 28079110012010202596, 28079110012010203840, 28079110012010202365, 28079110012010202808 y 28079110012010202180.

El conjunto de Autos reseñados acuden, a mayor abundamiento, al art. 13 del Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad, relativo al acceso a la justicia, con objeto de determinar la competencia territorial de los juzgados del domicilio o residencia de esas personas como excepción al principio de *perpetuatio jurisdictionis* recogido en el art. 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su utilización sigue siendo genérica, sin aclarar por qué vía constitucional y con qué efectos jurídicos lo hace. Véase comentario en *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 194-195.

DERECHOS HUMANOS.—Art. 96 CE. Homologación de Títulos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a), de 23 de julio de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Martí García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj): 28079130042009100378.

Esta sentencia mantiene el cambio de línea jurisprudencial operado en la interpretación de las cláusulas de los Convenios de Cooperación Cultural de España con Estados iberoamericanos en lo que respecta a la convalidación de títulos universitarios, como cláusulas *non self-executing* o, con mayor propiedad, como disposiciones que no recogen una convalidación automática, sino susceptible de estar sujeta a una prueba de conjunto. Véase comentario en *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 155-156.

Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ

2.2. Convenios para evitar la doble imposición

Sentencia AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 31 de marzo de 2010. Ponente: Jesús María Calderón González.

Referencias Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230022010100156, 28079230022010100157 y 28079230022010100158.

SEXTO.—[...] Además, nos encontramos con una tributación con arreglo a un tipo único que va ligado solamente a la condición de residente o no residente del contribuyente. En lo que respecta al CDI sólo neutraliza parcialmente la carga fiscal soportada en España por los no residentes. Es decir, la tributación de los fondos de pensiones hoy enjuiciada no responde a una diferencia de situación, en el sentido del art. 58, apartado 1, derivada del lugar de residencia de los contribuyentes [...].

[...] Y esa discriminación por razones de residencia fiscal, a juicio de la Sala, supone una limitación a la libre circulación de capitales por nacionalidad prohibida por el Tratado, tal como ha señalado la jurisprudencia del TJCE [...].

Nota: el respeto del Derecho de la UE por el sistema tributario interno, más allá de la materia armonizada, requiere atención a los principios de no discriminación y protección de las libertades fundamentales. En los asuntos comentados, el Convenio para evitar la doble imposición entre Holanda y España reduce la carga fiscal que soportarían los demandantes. Pero, tratándose de fondos de pensiones que resultan exentos si son constituidos en España, aparece claramente una discriminación contraria a la libertad de circulación de capitales. Por ello, no se aplica la cláusula del Convenio, sino que se aplica a las entidades holandesas la exención recogida para residentes en España. Dicho en otros términos, el convenio, de 1971, no resulta cuestionado, pero sí inaplicable, en beneficio de las normas y principios generales del Derecho de la Unión cuando resulten más favorables para el contribuyente.

Ángel FORNIELES GIL

Sentencias AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 21 de junio de 2010 y de 13 de mayo de 2010. Ponentes: Begoña Fernández Dozagarat y José Luis López-Muñiz Goñi, respectivamente.

Referencias Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230072010100304 y 28079230072010100230.

QUINTO.—[...] Es decir realiza una interpretación sobre que debe entenderse por fuerza, definida en el Convenio de Londres, cuando se aplique el Protocolo, en el que se contiene un contenido distinto.

De forma que cuando trata de aplicar el Protocolo, o el Convenio, o sus Normas de desarrollo en cada Estado Parte, a los militares adscritos a un Cuartel General, suprime el requisito exigido para la Fuerza en general recogida en el Convenio, «que no se trate fuerzas armadas nacionales españolas» [...].

Nota: se trata de dos sentencias similares. La AN interpreta la normativa interna sobre impuestos especiales a través de la lectura conjunta del Convenio de fecha 19 de

junio de 1951 del Tratado del Atlántico Norte y del Protocolo de 28 de agosto de 1952, así como de Canjes de Notas entre España y la OTAN. Se concluye que la exención es aplicable a nacionales españoles por interpretación de la norma española a través del Protocolo, a pesar de que el tenor del Canje de Notas parece contrario. La AN argumenta la necesaria interpretación del propio Canje de Notas con base en el Protocolo. Existe, sin embargo, una cuestión obviada por la AN. De los términos empleados en la sentencia no queda claro si lo que se hace es interpretación forzada de la normativa nacional o aplicación directa del Tratado. En todo caso, se olvida que el tenor de la norma española es el de la Directiva 92/12/CEE. No se plantea en las sentencias la posible incompatibilidad entre el Protocolo y la Directiva; ni siquiera la posible interpretación teleológica de la Directiva. Lo último podría haber conducido a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Ángel FORNIELES GIL

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 15 de octubre de 2009. Ponente: José Antonio Montero Fernández.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130022009100954.

CUARTO.—[...] Simplemente ante la falta de significación legal, en concreto ante la ausencia en la LIVA de si cabe computar en los doce meses las obras realizadas por los subcontratistas no se hace más que acudir al contexto normativo, en el que se encuentra, claro está, el tratamiento que se hace en el Impuesto de Sociedades o en el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Francia, aunque se refiera a tributos distintos del IVA.

Como se ha hecho notar, la sentencia se refiere expresamente a la interpretación a la que se refiere el núm. 19 del art. 5.3 del MCOCDE. Dentro del contexto de los Convenios de Doble Imposición, los Comentarios a los Modelos de Convenios de la OCDE, sin poseer fuerza normativa, sí desempeñan un papel principalísimo para la delimitación de los significados de los conceptos y términos utilizados en los distintos Convenios de Doble Imposición, en tanto que no siendo legalmente vinculantes, no forman parte de los Convenios, las cláusulas de estos se conforman de acuerdo con los postulados de los Modelos de Convenio [...].

Nota: la sentencia no aplica directamente Derecho internacional, ya que no hay Convenio cuyo supuesto de hecho coincida con el del caso. El Modelo de Convenio OCDE se usa como medio de interpretación de una norma interna sin parangón interno. En efecto, la Ley de IVA recoge un supuesto no señalado por la normativa europea de la que procede, por lo que no cabe interpretación según la jurisprudencia del TJUE. En cambio, el TS busca el origen de la norma concreta y, por su literalidad, entiende que es reflejo del Modelo de Convenio, aunque éste venga referido a otros impuestos. Así, el concepto a efectos de IVA se interpreta de acuerdo al mismo concepto establecido en la misma actividad, pero a efectos de imposición sobre la renta. No cabe considerar si esa interpretación es contraria al Derecho de la UE; pues, de serlo, lo sería el propio precepto de la Ley, que acoge un supuesto no previsto por la Directiva.

Ángel FORNIELES GIL

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 1 de octubre de 2009. Ponente: Juan Gonzalo Martínez Mico.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130022009101044.

QUINTO.—[...] Resultando procedente la aplicación en este caso del Convenio de doble imposición hispano-holandés, resulta inaplicable el régimen de subcapitalización instaurado en el art. 16.9 de la Ley 61/1978 por la Ley 18/1991 dada su incompatibilidad con el principio de no discriminación consagrado en el Convenio y, en consecuencia, los intereses controvertidos son deducibles como si se tratara de dos sociedades residentes en España [...].

SEXTO.—[...] El Tribunal de Luxemburgo vino, en definitiva, a determinar en la referida sentencia que el art. 43 del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación fiscal de un Estado miembro que disponga que la retribución de los recursos ajenos que una sociedad de capital haya obtenido de un socio —como la sociedad matriz que posea una participación sustancial en su capital— tenga la consideración, en algunos casos, de un reparto de beneficios encubierto, puesto que en la mayor parte de los casos una sociedad matriz residente tiene derecho al crédito fiscal mientras que, por lo general, una sociedad matriz extranjera no tiene tal derecho.

Nota: se invoca tanto el Convenio para evitar la doble imposición entre Países Bajos y España como la jurisprudencia comunitaria para entender discriminatoria la regulación de la subcapitalización, al establecer reglas de valoración que no se aplican para sociedades vinculadas españolas, en un supuesto con abundante jurisprudencia comunitaria que motivó en su día la modificación del artículo. Queda el supuesto sólo para Estados no miembros, en los que un Convenio que siga el Modelo OCDE haga inaplicable la norma interna discriminatoria. Por lo demás, destaca que la sentencia recurrida utilice, para aplicar el Derecho internacional, los medios de prueba concedidos por la normativa interna.

Ángel FORNIELES GIL

Sentencia AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 30 de septiembre de 2009. Ponente: Jesús María Calderón González.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230022009100409.

TERCERO.—[...] En resumen, procede desestimar el recurso, ya que la Sala considera acertada la interpretación jurídica llevada a cabo por la Inspección respecto de la aplicación de la exención prevista en el Convenio al caso debatido, lo que en modo alguno puede ser considerado como una utilización indebida de una pretendida «interpretación económica» del hecho imponible llevada a cabo con independencia de la interpretación jurídica, pues tanto la calificación jurídica del negocio jurídico celebrado, como la posición subjetiva de cada uno de los contratantes en relación con el derecho real constituido y, en suma, la exégesis de los conceptos jurídicos descritos en el Convenio y la consiguiente aplicabilidad de la exención de los intereses al supuesto presente, son operaciones lógico-jurídicas no sólo permitidas por la Ley sino imprescindibles para determinar el hecho imponible, cuantificarlo y gravarlo [...].

Nota: la aplicación de los Convenios para evitar la doble imposición se dificulta por la evolución de los sistemas tributarios. En el caso comentado, la sutil distinción

entre rendimientos del capital mobiliario y ganancias patrimoniales se conecta con la prevención de un Convenio sobre el concepto algo genérico de «intereses». Los Comentarios al Modelo OCDE no permiten salvar esta dificultad. Ante ello, la AN entiende aplicables criterios interpretativos internos.

Sin embargo, una interpretación de un Convenio internacional basada en el propio ordenamiento podría provocar su pérdida de sentido. Basta pensar que la interpretación de los tribunales brasileños derivara en una solución con doble gravamen. Ello es aún más considerable en el ámbito tributario; pues las peculiaridades del Derecho tributario provocan la aparición de otros criterios distintos a los internacionalmente compartidos.

Sería necesaria una interpretación que atendiera a los fines del Convenio en el momento de su redacción y la comparara con los fines —y en especial con la capacidad económica a gravar— del supuesto, ya que el Derecho tributario da distinto tratamiento a hechos en apariencia similares, pero que esconden capacidades económicas diversas.

Ángel FORNIELES GIL

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso, Sección 2.^a) de 10 de junio de 2010. Ponente: Manuel Martín Timón.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130022010100597.

TERCERO.—[...] Por tal razón no es admisible la postura de la recurrente que entiende que el concepto de residencia se ha de fijar por la ley de cada país y que España no ha hecho uso de la facultad concedida en el Convenio, por lo que no resulta posible la tributación exigida. Y no es admisible porque la cláusula no puede ser más clara al determinar que los socios de las sociedades personalistas, a los efectos antes indicados de gravamen de rentas que procedan de las mismas o del patrimonio poseído en ellas, «se consideran residentes del Estado Contratante en que se encuentre la sede de dirección efectiva de la sociedad».

Nota: dos cuestiones se plantean aquí. Primero, la existencia de doble imposición cuando se usa como valor de un concepto a gravar por un Estado el valor un concepto que grava el otro Estado. El TS interpreta teleológicamente el Convenio Hispano-Alemania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio de 5 de diciembre de 2006 para considerar deslindadas las competencias tributarias de los Estados y, por tanto, entender justificada la no comunicación de valores a la otra Administración. En segundo lugar, se interpreta literalmente el convenio para entender residente, a los meros efectos de una renta y no de todo el IRPF, al ciudadano. Con esto, se obtiene la tributación parcial de un considerado residente; lo que supone una novedad en el IRPF, que grava la renta global. Aparecen problemas no planteados en la sentencia, como la aplicación o no del mínimo personal y familiar.

Ángel FORNIELES GIL

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso, Sección 2.^a) de 8 de octubre de 2009. Ponente: Manuel Martín Timón.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130022009101022.

SEXTO.—[...] De ninguna forma impiden (y especialmente no lo hace el art. 9 del Convenio) la aplicación por España del art. 16 de la Ley 61/1978, del Impuesto de Sociedades que a partir de la existencia de relaciones de vinculación, reconocidas en el presente caso, se limita a dar normas de valoración de ingresos y gastos de sociedades unidas por aquellas, a lo que ha de añadirse que la validez de la actuación administrativa aquí combatida no se vincula o condiciona a la obligación de información para la aplicación del Convenio y que no se ha demostrado la concurrencia de los presupuestos necesarios para aplicar el mecanismo corrector de la doble imposición, que en el presente caso sería la aplicación por Portugal de una retención en la fuente del 15 por 100.

Finalmente, el Convenio no impone la bilateralidad y por otro lado, no debe dejar de indicarse que las Sentencias de esta Sala de 26 de marzo y 18 de junio de 1992 y 3 de junio de 2003, al hacer referencia al tema del ajuste bilateral, han señalado que se trata de una cuestión a hacer valer ante la Administración y no en el proceso en el que una de las sociedades, con personalidad jurídica independiente, no ha sido parte en el proceso.

Nota: la sentencia aborda la posible contradicción entre la normativa interna y un Tratado. A juicio del TS, no existe, ya que el Convenio entre España y Portugal para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta permite el gravamen de beneficios presuntos entre entidades vinculadas; interpretando que no es necesario demostrar la existencia de condiciones de relación entre las empresas. La recurrente alega que el Convenio debe interpretarse de manera que un Estado debe comunicar al otro Estado que existe vinculación, para que se produzca gravamen de los dos Estados, con aplicación de mecanismo corrector por parte de uno de ellos. Sin embargo, el TS considera que el Convenio se limita a posibilitar el gravamen y es cada Estado el que opta a considerar la existencia de vinculación o gravamen. Sólo si existe efectivamente doble gravamen, puede alegarse la aplicación del mecanismo corrector. Tal interpretación parece entender que el fin del Convenio no es tanto el reparto de la competencia territorial tributaria como la efectiva eliminación de doble imposición, siendo lo primero una consecuencia de lo segundo.

Ángel FORNIELES GIL

3. EL ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

3.1. Delito contra la Comunidad Internacional, en su modalidad de atentado contra persona internacionalmente protegida. Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos agentes diplomáticos de 14 de diciembre de 1973 (BOE de 7 de febrero de 1986)

Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Sevilla, de 29 de junio de 2010.

Referencia: No aparece publicada en el Cendoj. Cedida por cortesía del abogado del Sr. Joma, D. Luis Ocaña Escolar.

PRIMERO.—[...] En primer lugar, el acusado declaró en el acto del juicio que [...] lanzó un zapato al Primer Ministro Turco y que le dijo «asesino», «criminal» y «viva el

Kurdistán», declarando también que se lanzó sobre él mucha policía y que le taparon la boca, para evitar que siguiera gritando, que no podía respirar y por ello se revolvió y pudo dar algún golpe a los agentes, pero que no tenía intención de golpear a los policías. [...] que «lo hizo como consecuencia de que en los países de Irán, Siria y Turquía están matando indiscriminadamente personas de origen Kurdo, y que su intención era darle con el zapato al citado Ministro [...]».

SEGUNDO.—Los hechos probados integran un delito contra la Comunidad Internacional, en su modalidad de atentado contra persona internacionalmente protegida, del art. 605.3 en relación con los arts. 550 y 551 del Código Penal, del que es responsable el acusado, de conformidad con lo previsto en los arts. 27 y 28 del vigente Código Penal.

[...] En el caso presente, es cierto que el acusado manifiesta que actuó contra el Primer Ministro Turco porque entiende que su pueblo —el pueblo Kurdo— está siendo perseguido, oprimido y asesinado por las autoridades turcas, pero, aunque no hay razones para dudar de que así lo crea efectivamente el acusado y fuera ese su principal móvil —independientemente de que sea o no cierto, lo que no es objeto de la presente causa—, no hay ninguna duda de que, junto a esa finalidad de llamar la atención en defensa de su pueblo, le constaba la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo —pues sin esa condición era imposible que su acción tuviera repercusión— y aceptó que aquel principio de autoridad iba a ser necesariamente vulnerado por causa de su proceder; es más, esa acción de arrojar un zapato —con la intención reconocida de alcanzarle— implica un indudable acto de desprecio, en este caso, al principio de autoridad, pero constituye, ante todo, un intento de agresión, un acto de violencia dirigido no contra un símbolo o emblema, sino contra una persona física. Por esto, dicho acto, en contra de lo afirmado por la defensa, no puede considerarse una manifestación de la libertad de expresión que, lógicamente, desaparece desde el momento en que el comportamiento deja de ser expresión de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, para convertirse en actos de fuerza, en agresiones, por muy leves que pueden llegar a ser. El empleo de la violencia puede aparecer justificada, total o parcialmente, por la legítima defensa, el estado de necesidad, la ofuscación o la enajenación mental transitoria o permanente —circunstancias no alegadas en el caso presente—, pero nunca como manifestación de la libertad de expresión [...].

Por otra parte, tiene declarado el Tribunal Supremo que en el delito de atentado no cabe la consumación imperfecta, pues «el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llega a consumarse». Se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con el ataque o acometimiento [...]. Es decir, no cabe la tentativa —por lo demás, tampoco alegada por la defensa—, de manera que el mero intento de agredir consuma el delito de atentado y, por tanto también, su modalidad de delito contra la Comunidad Internacional.

Por último, debe indicarse que España y Turquía han ratificado, en fechas de 8 de agosto de 1985 y 11 de junio de 1981, respectivamente, la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 14 de diciembre de 1973, por la cual se reconoce a la mencionada autoridad, el Primer Ministro Turco, el estatuto de «persona internacionalmente protegida» [...].

TERCERO.—[...] De conformidad con los arts. 66.1.6.ª, 605.3 y 550 y 551.1 del CP, la pena mínima que puede imponerse es la de 3 años de prisión —solicitada por el Ministerio Fiscal—, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 4 meses y 16 días. Así pues, la necesaria aplicación de la Ley obliga a la imposición de dicha pena, dado que no se ha acreditado por la defensa, ni siquiera invocado, ninguna circunstancia que permita rebajar la pena señalada en los menciona-

dos preceptos. Es cierto que el efectivo cumplimiento de dicha pena, ante la inexistencia de antecedentes penales en el acusado, pudiera llegar a considerarse «excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo» y podría justificar que se llegase a interesar—incluso de oficio al amparo del art. 4.3 del Código Penal—, en la correspondiente ejecutoria, la concesión de indulto, total o parcial, pero es la pena mínima que puede imponerse al hecho cometido.

CUARTO.—De conformidad con lo dispuesto en el art. 89 del CP el Ministerio Fiscal solicita, en su escrito de acusación, dada la condición del acusado de extranjero no residente legalmente en España [...], que la pena de prisión sea sustituida por la de expulsión del territorio nacional por un periodo de 10 años.

[...] En el caso presente, con independencia de que se haya denegado ya el derecho de Asilo [...], lo cierto e indudable es que el acusado solicita no ser expulsado y evidencia un claro temor a represalias en el caso de ser expulsado a su país [...]. Todo lo indicado lleva a este juzgador a declarar que no procede acordar al amparo del art. 89 la sustitución de la pena de prisión impuesta, considerándose que la naturaleza del delito —y sus circunstancias— justifican el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, sin perjuicio, claro está, de las decisiones que, al respecto, pueda tomar la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Nota: nos encontramos ante la primera sentencia por la que se dicta condena en España por la comisión de un delito contra la Comunidad Internacional en la figura de un Jefe de Gobierno recogido por la *Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos agentes diplomáticos*, de 14 de diciembre de 1973 (BOE de 7 de febrero de 1986).

La Sentencia de 29 de junio de 2010 del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Sevilla resuelve concretamente el caso de un ciudadano kurdo de nacionalidad siria (Sr. Hokman Joma) que, en febrero de 2010, arrojó un zapato contra el Primer Ministro de Turquía, Sr. Tayip Erdogan, cuando éste iba a recoger un premio del Ayuntamiento de Sevilla por la cooperación cultural que mantienen Turquía y Andalucía. Su actuación recuerda a la del periodista iraquí que tiró sus zapatos contra el Presidente de los Estados Unidos cuando éste se encontraba en Irak visitando a las tropas estadounidenses establecidas allí tras la invasión de 2003, y que fue condenado el 14 de diciembre de 2008 a una pena de tres años de prisión, que fue posteriormente reducida.

El acto realizado por el Sr. Joma es tipificado por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Sevilla como un delito de atentado contra la Comunidad Internacional, en su modalidad de atentado contra persona internacionalmente protegida del art. 605.3 del Código Penal, en relación con el delito de atentado contra la autoridad de los arts. 550 y 551.1 del Código Penal. El art. 605 del Código Penal se encuentra recogido en el Capítulo I del Título XXIV relativo a los «Delitos contra el derecho de gentes» y forma parte de lo que la doctrina califica como Derecho penal internacional. Según Beneytez Merino, la característica esencial y específica del tipo regulado en el art. 605 del Código Penal se refiere a la calidad del sujeto pasivo, que debe ser una «persona internacionalmente protegida por un Tratado». Es, además, un tipo abierto, en el sentido de que «futuros Tratados pueden conceder a una persona la protección especial que dispensa el precepto»; que exige un elemento de carácter objetivo, «cual es que la persona protegida se encuentre en España», siendo discutido por la doctrina si es necesario que dicha estancia tenga o no carácter oficial (BENEYTEZ MERINO, L., en VV.AA., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III, Madrid, Trivium, 1997, pp. 4973-4977, en p. 4976). En este momento, la mención a «persona internacionalmente protegida por un Tratado» contenida en el art. 605 está referida a la *Convención sobre la prevención y castigo de*

delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos agentes diplomáticos de 14 de diciembre de 1973 (BOE de 7 de febrero de 1986), que ha sido ratificada tanto por España como por Turquía. La Convención de 1973 reconoce concretamente dicho estatuto a las siguientes figuras: *a)* Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores, siempre que se encuentren en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen, y *b)* cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado, o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al Derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa.

La Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973 exige que los Estados partes tipifiquen como delito en su legislación penal interna y castiguen una serie de actos dirigidos en su contra. En este sentido, el art. 605.3 del Código Penal castiga de forma agravada «cualquier otro delito» cometido contra dichas personas internacionalmente protegidas, esto es, los que no quedan regulados en los apartados 1 (muerte) y 2 (lesiones) del mencionado artículo. El fundamento último de este delito se encuentra en la inviolabilidad de estos representantes del Estado en materia de relaciones internacionales, lo que obliga a los terceros países en los que se encuentren a vigilar especialmente su seguridad y el respeto de su persona, castigando severamente a aquellos que atenten contra ellos (SALMON, J., *Manuel de Droit Diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 596).

La ausencia de jurisprudencia relativa al delito contra la Comunidad Internacional lleva al Juzgado de lo Penal núm. 9 de Sevilla a aplicar, por extensión, la normativa penal relativa al delito de atentado de los arts. 550 y 551 del Código Penal, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto. Así, p. ej., cuando exige que el sujeto activo del delito actúe con conocimiento de «la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo» («junto a esa finalidad de llamar la atención en defensa de su pueblo, le constaba la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo —pues sin esa condición era imposible que su acción tuviera repercusión— y aceptó que aquel principio de autoridad iba a ser necesariamente vulnerado por causa de su proceder; es más, esa acción de arrojar un zapato —con la intención reconocida de alcanzarle— implica un indudable acto de desprecio, es este caso, al principio de autoridad, pero constituye, ante todo, un intento de agresión, un acto de violencia dirigido no contra un símbolo o emblema, sino contra una persona física»); o cuando lo califica como un delito de mera actividad, que se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento, como ocurre en este caso, no llega a consumarse («es decir, no cabe la tentativa —por lo demás, tampoco alegada por la defensa—, de manera que el mero intento de agredir consuma el delito de atentado y, por tanto también, su modalidad de delito contra la Comunidad Internacional»). En cualquier caso, siguiendo jurisprudencia constitucional, descarta que una acción que implica una agresión personal pueda considerarse como una manifestación de la libertad de expresión («que, lógicamente, desaparece desde el momento en que el comportamiento deja de ser expresión de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, para convertirse en actos de fuerza, en agresiones, por muy leves que puedan ser»).

Como consecuencia de ello, lo condena a la pena de tres años de prisión en un centro penitenciario en España, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cuatro meses y dieciséis días de multa, con

cuota de tres euros, y al pago de la mitad de las costas procesales. Le absuelve, sin embargo, del delito de resistencia grave a la Autoridad y acoge su alegación de que la pena impuesta no le sea sustituida por la expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años, como había solicitado el Ministerio Fiscal al amparo del art. 89 del Código Penal, ante el temor del acusado a ser objeto de represalias por parte del gobierno sirio. El Juzgado aplica la pena mínima que prevé el Código Penal para estos casos, pero parece admitir lo excesivo de la condena que se le ha impuesto, «teniendo en cuenta el mal causado y que el acusado carece de antecedentes penales», por lo que considera que ello podría justificar la concesión de un indulto, total o parcial, al acusado. Recientemente, la Audiencia Provincial de Sevilla, en Sentencia de 4 de agosto de 2010, ha confirmado esta resolución y ha vuelto a insistir en la necesidad de «soluciones de futuro para mitigar su posible desproporcionalidad», una posición que, desde estas líneas, apoyamos.

Carmen LÓPEZ-JURADO

3.2. Competencia sancionadora en materia de control de la seguridad nuclear

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 17 de noviembre de 2009. Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032009100402.

SEGUNDO.—El segundo motivo de casación, basado en la violación del art. 83 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) no puede ser acogido, puesto que la tesis que propugna la entidad mercantil recurrente de que la adhesión del Estado Español a las Comunidades Europeas transfiere a esta Organización Supranacional la competencia exclusiva de enjuiciar y sancionar conductas en materia de control de seguridad nuclear y, en consecuencia, desplaza a la Administración General del Estado para sancionar las infracciones cometidas en este ámbito, carece de fundamento, en cuanto no tiene soporte ni en los Convenios Internacionales sobre Energía Nuclear, ni en el Derecho Comunitario europeo, ni en el ordenamiento jurídico español.

En efecto, del invocado art. 83 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de Roma de 25 de marzo de 1957, que habilita a la Comisión a imponer sanciones en caso de incumplimiento por parte de las personas o empresas de las obligaciones que se les asignan en materia de control de seguridad de los materiales nucleares, no se desprende que los Estados miembros estén desapoderados para establecer con carácter complementario la normativa específica que consideren adecuada que garantice el regular funcionamiento de las instalaciones nucleares ubicadas en su territorio y la correcta ejecución de las actividades de transporte y exportación de los materiales nucleares, con la finalidad de impedir su uso para fines distintos a los que tienen asignados, y hacer efectivo en un nivel equivalente la protección de la salud de la población y de los trabajadores directamente afectados.

La existencia de dos esferas competenciales concurrentes en materia de control de seguridad nuclear, relativo a la manipulación y transporte de materiales radiactivos, se evidencia en el Preámbulo de la Directiva 92/3/Euratom, del Consejo de 3 de julio de 1992, relativa a la vigilancia y control de los traslados de residuos radiactivos entre Estados miembros o procedentes o con destino al exterior, en que se expone el carácter

complementario de la normativa estatal y comunitaria en este ámbito y la exigencia de implementar sistemas de control internos por los Estados miembros, con arreglo a las disposiciones nacionales compatibles con los pertinentes requisitos comunitarios e internacionales, con el objetivo de garantizar un nivel equivalente de protección de sus territorios, de acuerdo con el principio de subsidiaridad vigente en la Comunidad.

La Convención sobre la protección física de los materiales nucleares hecha en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, firmada por España el 7 de abril de 1986 y ratificada como miembro de Euratom el 6 de septiembre de 1991, que forma parte del ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en el art. 96 de la Constitución, obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias apropiadas en el marco de la legislación nacional que garantice que los materiales nucleares queden protegidos tanto en las expediciones internacionales como en su almacenamiento, manipulación y movimientos internos dentro del territorio jurisdiccional, de donde se desprende, inequívocamente, que la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como razona la Sala de instancia, no supone la abdicación o renuncia del Estado español a ejercer las competencias regulatorias y sancionadoras en esta materia, con el objetivo de mantener la seguridad en las operaciones relacionadas con este tipo de actividades [...].

Nota: la Sentencia de 17 de noviembre de 2009 del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación planteado por la Empresa Nacional de Uranio, S. A. (ENUSA) contra una sentencia de la Audiencia Nacional que estimó parcialmente el recurso presentado por esta empresa contra una Orden del Ministerio de Industria y Energía, por la que se le sancionaba por el envío de contenedores de transporte de óxido de uranio desde Juzbado (Salamanca) a Wilmington (Estados Unidos).

ENUSA considera que, en virtud del art. 83 del Tratado EURATOM, la competencia para enjuiciar y sancionar conductas en materia de control de la seguridad nuclear corresponde en exclusiva a Euratom, por lo que es nula la sanción que le ha impuesto el Gobierno español. Sin embargo, el Tribunal Supremo configura dicha competencia comunitaria como una competencia concurrente. El Tribunal Supremo invoca también la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 3 de marzo de 1980 («firmada por España el 7 de abril de 1986 y ratificada como miembro de Euratom el 6 de septiembre de 1991, que forma parte del ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en el art. 96 de la Constitución»), que «obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias apropiadas en el marco de la legislación nacional que garantice que los materiales nucleares queden protegidos tanto en las expediciones internacionales como en su almacenamiento, manipulación y movimientos internos dentro del territorio jurisdiccional, de donde se desprende, inequívocamente, que la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como razona la Sala de instancia, no supone la abdicación o renuncia del Estado español a ejercer las competencias regulatorias y sancionadoras en esta materia, con el objetivo de mantener la seguridad en las operaciones relacionadas con este tipo de actividades».

A pesar de ello, el Tribunal Supremo considera que debe anularse la sanción de multa de quince millones de pesetas impuesta por la Administración española por la comisión de la infracción consistente en no anotar las transferencias de material nuclear en el sistema español al haberse ya producido a este respecto una duplicidad de sanciones en violación del principio *non bis in idem* («ya que los hechos y el fundamento de las disposiciones infringidas son coincidentes con los que dan soporte a la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 1997, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 83 del Tratado Euratom»).

ENUSA es una empresa pública que abastece del uranio que importa del extranjero a centrales nucleares españolas e internacionales. Recientemente la prensa se ha hecho eco de la posible reapertura de la explotación de uranio en Juzbado (Salamanca) por parte de una empresa australiana (Berkeley) que recibió en 2008 la concesión para explotar uranio, cuyo precio en el mercado se ha triplicado. Para ello debe crear una empresa con el 10 por 100 de participación de ENUSA y abonar veinte millones de euros (*El País*, 15 de diciembre de 2010, p. 44).

Carmen LÓPEZ-JURADO

3.3. Falsificación de documento público. Ejercicio de la jurisdicción penal española. Principio real o de protección. Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 21 de diciembre de 2009. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012009101303.

SEGUNDO.—El Ministerio Público, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1.º de la LECr., formula un único motivo de casación por infracción de ley al considerar vulnerados los arts. 392 y 390.1.1.º del C. Penal, en relación con el art. 23.3.f) de la LOPJ [...]. El Ministerio Fiscal recurre en casación la decisión de la Sala de instancia porque entiende que la Audiencia ha interpretado incorrectamente el art. 23.3.f) de la LOPJ y se ha apartado de la nueva doctrina del Tribunal Supremo relativa a esa clase de falsificaciones fuera del territorio nacional, toda vez que, en contra de lo que se dice en la sentencia, sí perjudican al crédito e intereses del Estado Español, por lo que esas conductas han de ser perseguidas dentro del territorio nacional [...]. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, tal como se expresa en algunas resoluciones, ha dado un giro copernicano en el análisis de la cuestión sometida a debate, de modo que, como consecuencia de la aplicación de algunos de los tratados internacionales que han sido ratificados por España, ha estimado que todo lo relativo a la identificación de personas en nuestro país tiene una notable relevancia o interés para el Estado, tanto desde la perspectiva de la seguridad nacional interna, como desde la dimensión referente al cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de seguridad.

Esa línea jurisprudencial se ha quebrado, tal como ya hemos anticipado, en las nuevas resoluciones que abren un camino claro hacia la punición de las falsedades de documentos oficiales de identidad perpetradas en el extranjero. Para ello el Tribunal Supremo acude a dos argumentos. El primero y fundamental, se construye sobre la relevancia que presenta la identificación de ciudadanos extranjeros en nuestro país a los fines de controlar la seguridad, la inmigración y la circulación de los ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea (SSTS 1295/2003, de 7-10; 1089/2004, de 10-11; 66/2005, de 26-1; 1004/2005, de 14-9; 458/2006, de 11-4; y 14/2007, de 25-1).

En esas resoluciones el Tribunal Supremo estima que ya no cabe sostener la línea precedente, marcada en el Pleno jurisdiccional de 27 de marzo de 1998, porque la falsificación de documentos de identidad siempre afecta a los intereses del Estado dadas las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Schengen de 1985, al que se adhirió España en virtud del Protocolo de 25 de junio de 1991. Se subraya al respecto que ya no puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas dentro del territorio nacional, dada su repercusión en temas de seguridad, inmigración, visados, circulación

de personas, etc. Por lo cual, sí están en juego ciertos intereses del Estado y también su propio crédito en las relaciones internacionales a tenor de los distintos compromisos adquiridos [...].

Nota: el Tribunal Supremo ratifica en esta sentencia su nueva línea jurisprudencial en materia de falsificación de documentos oficiales de identidad en el extranjero. Interpreta, para ello, el art. 23.3.f) de la LOPJ a la luz de la legislación europea en materia de inmigración y libre circulación de personas, incidiendo, en particular, en las exigencias derivadas para nuestro país de la aplicación del art. 6 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen. Entiende, de esta manera, el Alto Tribunal que sí están en juego los intereses del Estado y también su propio crédito en las relaciones internacionales a tenor de los distintos compromisos adquiridos. El principio real o de protección exige, por tanto, que las falsificaciones de documentos oficiales destinados a identificar a una persona, deban considerarse afectantes al interés del Estado, independientemente del lugar en el que se haya cometido el delito.

José F. CASTILLO GARCÍA

4. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

4.1. Extradición y orden europea de detención y entrega

4.1.1. Concurrencia de solicitudes

Auto del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 9 de julio de 2009. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130062009200042.

Nota: el TS, tras recordar su jurisprudencia de que el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, es decir, el requisito del *periculum in mora*; opta por dar más consistencia a la valoración de los intereses generales, que afectan a la realización de la justicia penal, reflejados en el informe del Ministerio de Justicia, que al vago y eventual perjuicio para el recurrente, derivado de la ejecución del acuerdo impugnado, en aras a su reinserción social en el país de origen durante el cumplimiento de la pena, teniendo en cuenta, además, que la entrega a las autoridades de su país (Lituania) podría evitar o dificultar que el interesado respondiera de los hechos que se le imputan en la Federación Rusa.

Es más, nos recuerda el TS que la declaración de preferencia de la petición de las autoridades rusas acordada por el Consejo de Ministros tiene por efecto, en primer lugar, suspender la euroorden a Lituania y, en segundo lugar, continuar con la tramitación judicial de la extradición solicitada por Rusia. Por tanto, no se trata de proceder a la entrega inmediata a Rusia, sino que será al final de la tramitación donde el Consejo de Ministros resuelva sobre tal extradición. Será, en su caso, la suspensión de dicho acuerdo y la consiguiente ejecución inmediata de orden de detención europea a Lituania la que podría crear una situación irreversible con el indicado perjuicio para el interés general. Mientras tanto, la ejecución del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se da preferencia a la solicitud de extradición de Rusia no altera la situación personal del recurrente ni descarta definitivamente la entrega a su país de origen.

Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 23 de febrero de 2010. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130062010100078.

TERCERO.—Por lo que se refiere a las alegaciones de la demanda, tanto formales como sustantivas, conviene hacer referencia a la normativa aplicable e invocada por las partes, constituida por el art. 23 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, según el cual: [...]

Se desprende de tal precepto el distinto planteamiento, formal y material, establecido para la resolución de los supuestos de concurrencia de varias órdenes europeas de detención y entrega o de una orden europea y un procedimiento de extradición. En el primer caso, la decisión sobre la prioridad entre distintas órdenes europeas de detención y entrega corresponde a la autoridad judicial de ejecución española, en congruencia con la naturaleza y finalidad de este procedimiento, que se refleja en la exposición de motivos de la Ley 3/2003, cuando señala que «este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión», añadiendo, que se configura «como un procedimiento puramente judicial, sin apenas intervención del ejecutivo. Esta previsión tiene todo el sentido si se tiene en cuenta que, en el espacio en el que opera el principio de reconocimiento mutuo, que es un espacio de confianza recíproca, proceder a una verificación de la situación política del Estado emisor de la orden europea no parece tener ya mucho sentido. Puesto que desaparece del procedimiento el margen para la apreciación discrecional de la conveniencia a los intereses del Estado, la aplicación de las previsiones de la orden europea puede atribuirse como competencia judicial exclusiva». Por otra parte, en propio precepto señala que la autoridad judicial habrá de tener en cuenta para decidir, todas las circunstancias y en particular, las que se enuncian en el mismo, sin que se establezca un régimen tasado de prioridad sino que responde a una valoración lógica y fundada de todas ellas.

A diferencia de ello, cuando se trata de la concurrencia de una orden europea de detención y entrega y una solicitud de extradición, la decisión sobre prioridad corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia, limitándose la intervención de la autoridad judicial de ejecución española a suspender el procedimiento y remitir toda la documentación a la Autoridad Central [Ministerio de Justicia]. Desde el punto de vista sustantivo, la decisión ha de tomar en consideración igualmente todas las circunstancias, pero se particularizan no solamente las previstas en el apartado 1 del precepto, antes vistas, sino también las mencionadas en el convenio o acuerdo aplicable, además de que tal trámite se rige por lo dispuesto en la Ley de Extradición Pasiva, cuyo art. 16 señala que en el caso de solicitud de extradición por varios Estados, «se decidirá sobre aquélla por el Gobierno y en su caso la entrega del reclamado, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, la existencia o no de Tratado, la gravedad relativa y lugar de la comisión del delito, fechas de las respectivas solicitudes, nacionalidad de la persona reclamada y posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado».

Nota: se trata de dos pronunciamientos consecutivos en el tiempo del TS (misma Sala y Sección) que traen causa en el mismo asunto, a saber, la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de abril de 2009, por el que se dispone dar prioridad a la extradición solicitada por las autoridades de Rusia sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE, en adelante) solicitada por las autoridades de Lituania, conforme al art. 23.2 de la Ley 3/2003. En la primera resolución (Auto de 9 de julio de 2009) se decide sobre la

solicitud, en virtud de lo establecido en los arts. 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de que se acuerde la suspensión cautelar del citado acuerdo del Consejo de Ministros. El TS la deniega. En la segunda resolución (Sentencia de 23 de febrero de 2010) el TS se pronuncia, igualmente, desestimando el recurso, es decir, considera conforme con la legalidad el acuerdo del Consejo de Ministros concediendo prioridad a la extradición solicitada por las autoridades de la Federación Rusa sobre la OEDE solicitada por las autoridades de Lituania.

El TS rechaza las alegaciones formuladas en la demanda, tanto en sus aspectos formales como en sus aspectos materiales o de fondo. Respecto de los primeros, se ha seguido el procedimiento previsto y en el acuerdo impugnado se indicó, entre otras cuestiones, la naturaleza de los hechos delictivos que se imputan al recurrente en cada uno de los países solicitantes y la valoración de las respectivas fechas de emisión de las órdenes de detención. Por tanto, la alegaciones de carácter formal, en el peor de los casos, podrían considerarse meras irregularidades no invalidantes y en ningún caso un defecto formal que pudiera dar lugar a la anulabilidad del acto. Respecto de las alegaciones de fondo, el TS indica que se trata de delitos de la misma gravedad y que las fechas de las respectivas solicitudes son muy próximas en el tiempo; además, el acuerdo impugnado responde a una valoración lógica y razonable de las circunstancias que concurren. El TS hace especial énfasis en la nacionalidad del recurrente teniendo en cuenta la reserva hecha por Lituania al art. 6 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, en el sentido de denegar la extradición de sus nacionales. En efecto, la valoración realizada por el Consejo de Ministros está justificada si se tiene en cuenta que tanto el art. 23.2 de la Ley 3/2003 como el art. 16 de la Ley de Extradición Pasiva señalan como circunstancias a valorar la efectividad del correspondiente Convenio aplicable al caso, lo que, según el TS, no queda desvirtuado por las genéricas alegaciones de la parte acerca de la finalidad de reinserción social de la pena, las eventuales posibilidades de ser juzgado en su país de origen por los hechos cometidos en la Federación Rusa o la pertenencia de Lituania a la Unión Europea, que resultan inconcretas y de imprecisa entidad frente al hecho no controvertido tomado en cuenta en el acuerdo impugnado.

La importancia de este asunto radica en que se trata del primer caso, al menos que nosotros tengamos conocimiento, donde el TS se pronuncia sobre la impugnación del acuerdo del Consejo de Ministros sobre concurrencia de una solicitud de extradición y de una OEDE.

Francisco CUESTA RICO

4.1.2. Extradición: prescripción del delito

Sentencia de AN (Sala de lo Penal, Sección 1.ª Juzgado Central de Instrucción núm. 1) de 21 de abril de 2010. Ponente: Javier Gómez Bermúdez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220012010100039.

1.5. [...] Con independencia de los datos y razonamientos contenidos en el auto por el que se desestimó el artículo de previo pronunciamiento planteado por la defensa, el 5 de diciembre de 2002 el Gobierno español decidió pedir la extradición de Zurutuza a Francia por este delito previa propuesta del juzgado instructor realizada el 18 de octubre de 2002, como consta en la pieza de situación del sumario 62/83 del JCI 5.

La tardía llegada a la sala de dicha pieza de situación puede plantear dudas sobre si se ha producido indefensión a Zurutuza, posibilidad que hay que descartar al tenor literal del propio escrito de la defensa planteando el artículo de previo pronunciamiento.

En su página 12 admite que su cliente fue detenido en Francia —aunque alega que por un hecho distinto— y que existe la petición de extradición efectuada por el Gobierno español el 5 de diciembre de 2002. Y aunque sostiene que entonces habían transcurrido ya los 20 años desde el día 22 de octubre de 1982, es evidente que no ocurre lo mismo respecto desde el 22 de diciembre de 1983.

Estos datos contenidos en el escrito de la defensa demuestran que conoce perfectamente la existencia del procedimiento de extradición iniciado en aquel momento y que aparece recogido en la pieza de situación del sumario 62/83, de modo que no puede alegar indefensión por desconocimiento de tales hitos procesales.

Es más, en la página 3 de la resolución del Tribunal de Apelación de Pau de 6 de junio de 2006, que está incorporado a la pieza principal del sumario, consta la referencia al auto de 18 de octubre de 2002 del Juzgado Central de Instrucción número 5 proponiendo al Gobierno que inicie los trámites de la extradición y solicitando la detención a efectos de extradición de Zurutuza.

Dicho documento está en francés, pero, es obvio que Zurutuza domina esa lengua, pues tiene la nacionalidad francesa y reside allí desde finales de los años 80 del siglo pasado.

Por lo tanto, este dato, esencial, consta no sólo en la pieza de situación del sumario 62/83, sino también en la principal del sumario 33/82 y en la pieza de situación de éste, y es conocido por la defensa.

En el mismo sentido, también en la resolución del Tribunal de Apelación de Pau de 13 de febrero de 2004, anulada posteriormente por el Consejo de Estado francés, consta la referencia a la petición de extradición y detención con fines extradicionales de Zurutuza efectuada por el Juzgado Central de Instrucción número 5 el 18 de octubre de 2002 [por todos, folios 610 y siguientes del tomo 5].

Por lo tanto, unos días antes de que se haya dictado el auto de procesamiento en el sumario 33/82 del JCI 1, ya se ha propuesto la extradición de Zurutuza por este delito en el sumario 62/83 del JCI 5.

Dicha petición de extradición se formaliza el 22 de septiembre de 2003 [tomo 1 del rollo de sala], antes también del transcurso de los 20 años desde el 22 de diciembre de 1983.

Nota: se trata de la interrupción del plazo de prescripción del delito como consecuencia de la presentación de una solicitud de extradición. Nos encontramos con distintos pronunciamientos judiciales que traen causa en diversos procesamientos por hechos delictivos contra la misma persona (José Antonio Zurutuza Sarasola, alias «Acullo», y otros), en concreto, por delitos de asesinato por bandas armadas y organizadas del delegado de la Compañía Telefónica Nacional de España en Guipúzcoa (Enrique Cuesta Jiménez) y un miembro de la Policía Nacional (el escolta Antonio Gómez García) el 26 de marzo de 1982 (Juzgado de Instrucción núm. 1) y por la realización de supuestas actividades a favor de los Comandos Autónomos Anticapitalistas y los mismos dos asesinatos anteriores (Juzgado de Instrucción núm. 5). Por los primeros se dictó Auto de procesamiento el 22 de octubre de 1982 y, por los segundos, Auto de procesamiento el 22 de diciembre de 1983. El problema se plantea cuando el JCI núm. 5 eleva la propuesta de solicitud de extradición y de detención a efectos de extradición al Gobierno el 18 de octubre de 2002, pero ésta no se solicita formal-

mente a Francia hasta el 22 de septiembre de 2003, sobre todo, teniendo en cuenta que según la legislación penal española en vigor en aquel momento los delitos de terrorismo prescribían a los 20 años. Pues bien, en un primer momento, se concedió la extradición a España pero el Decreto gubernamental fue impugnado ante el Consejo de Estado francés. En su Decisión de 27 de julio de 2005 este tribunal francés anuló el Decreto del Primer Ministro de 19 de agosto de 2004 por el que se concedía la extradición a España. Dicha anulación se basaba en la aplicación del art. 10 del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 y del art. 62.1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 que completa al anterior en lo relativo a la prescripción cuando señala que a efectos de la interrupción de la prescripción se aplicarán únicamente las disposiciones de la Parte contratante requiriente. Por tanto, la acción pública respecto de los hechos ocurridos el 26 de marzo de 1982 debía considerarse prescrita teniendo en cuenta el plazo de prescripción en Derecho francés (diez años) y las causas de interrupción de este plazo en Derecho español. No obstante, se cursó una nueva petición que fue resuelta en sentido positivo por el Tribunal de Apelación de Burdeos el 15 de noviembre de 2005. El 13 de diciembre de 2007 fue entregado el reclamado a España. En el procedimiento judicial llevado a cabo en España se vuelve a plantear la prescripción del delito. La AN toma como fecha inicial del cómputo de la prescripción, respecto de los primeros hechos delictivos, el 22 de octubre de 1982 y, respecto de los segundos, el 22 de diciembre de 1983, por lo que, bien tomando como referencia el 18 de octubre de 2002 —fecha de la propuesta de solicitud de extradición por el JCI núm. 5— o el 22 de septiembre de 2003 —fecha donde se formaliza la solicitud de la extradición—, el delito no había prescrito.

Francisco CUESTA RICO

Sentencia del TS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 4 de junio de 2010. Ponente: Alberto Jorge Barreiro.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012010100474.

3. *Como segundo y último argumento esgrime el recurrente que la medida cautelar de detención del recurrido en territorio francés tuvo lugar unos días antes de que se cumpliera el plazo de prescripción del delito imputado, pues fue detenido por las Fuerzas de Seguridad francesas el 17 de octubre de 2002, esto es, unos días antes de que se cumplieran los 20 años computados a partir del auto de procesamiento dictado el 25 de octubre de 2002.*

Este argumento ya fue formulado ante la Audiencia Nacional cuando se tramitó la solicitud de prescripción como artículo de previo pronunciamiento y ya se le respondió al Ministerio Público en el auto que ahora se impugna que no consta en la causa detención alguna del procesado en Francia en el año 2002. La acusación pública, pese a la respuesta que se le dio, insiste en su alegación, pero de nuevo sin citar los folios en los que tendría que figurar la detención que esgrime en el recurso. Y como no cita folio alguno ni ha solicitado o aportado un testimonio de esa supuesta detención, que la Sala de instancia niega y que la parte recurrida rechaza en su escrito de alegaciones de forma contundente, es claro que sólo cabe ratificar el argumento y la decisión dictada por el Tribunal de instancia.

Nota: distinto ha sido el resultado en este asunto en el que también estaba encausado el mismo autor. En este caso, cuando se presenta la solicitud de extradición ya había prescrito el delito al pasar más de 20 años desde que se hizo la última actuación

procesal de contenido material. Nos referimos al Auto de la AN (Sala de lo Penal, Sección 1.^a, Juzgado de Instrucción núm. 1, <http://www.diariocritico.com/imagenesPieza/Auto%20zurutuza.pdf>) de 24 de noviembre de 2009. Los hechos que originan estos pronunciamientos, tanto de la AN como del TS, se remontan al asesinato de Jose María Latiegui Balmaseda (directivo de Moulinex) ocurrido el 14 de abril de 1981. Se dictó el 25 de octubre de 1982 Auto de procesamiento por presunto delito de asesinato y colaboración necesaria para el asesinato, cometido por miembros integrados en bandas armadas y organizadas, con respecto a José Antonio Zurutuza Sarasola y otros. En este caso, la AN señala que, como ocurre en el presente supuesto, si entre el Auto de procesamiento por delito de asesinato dictado, entre otros, con respecto a José Antonio Zurutuza Sarasola en octubre de 1982 no consta ningún acto de contenido material que produzca un avance del procedimiento con respecto del citado hasta qué solicitada su entrega en extradición a Francia en junio de 2005, es entregado en diciembre de 2007 después de que el Consejo de Estado francés rechazara la prescripción de los hechos alegada por la defensa del reclamado, no cabe sino concluir que las presentes actuaciones y el hecho imputado en ellas en el citado Auto de procesamiento ha prescrito al haber rebasado con creces el plazo de 20 años entre una y otra fecha. Así pues, la AN estimó la prescripción del delito imputado a José Antonio Zurutuza Sarasola, respecto de quien se acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones. Frente a este Auto se presentó recurso de casación ante el TS siendo recurrente el Ministerio Fiscal, y parte recurrida José Antonio Zurutuza Sarasola y la Asociación Víctimas del Terrorismo. El TS en su Sentencia de 4 de junio de 2010 desestima dicho recurso y confirma el Auto impugnado.

Es preciso referirse, brevemente, a la evolución del instituto de la prescripción del delito o de la pena a efectos de la denegación de la extradición y/o OEDE, pero aplicándolo al supuesto de que España sea el país que solicita la extradición (Estado requirente). El art. 10 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 establece que no se concederá la extradición si se hubiese producido la prescripción, bien de la acción penal bien de la pena, con arreglo a la legislación de los dos Estados afectados. En el Informe explicativo del Convenio se menciona que la mayoría de los expertos estiman que la prescripción en la Parte requirente (España) no debería ser apreciada por la Parte requerida (el otro Estado) sino que sería ésta la que debería dirigirse directamente a la Parte requirente para saber si hay prescripción o no. Por su parte, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen estipula en su art. 62.1 que, por lo que se refiere a la interrupción de la prescripción, se aplicarán únicamente las disposiciones de la Parte contratante requirente (en nuestro caso, España). El Convenio relativo a la Extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea, firmado en Dublín el 27 de septiembre de 1996, en su art. 8 señala que no se podrá denegar la extradición por el motivo de que la acción o la pena hayan prescrito con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido (en nuestro caso, la prescripción en el otro Estado no será causa de denegación a nuestro país si en España no ha prescrito). No obstante, éste (el otro Estado) tendrá la facultad de denegar la extradición cuando dicha solicitud esté motivada por hechos en los que sea competente dicho Estado miembro, según su propio Derecho penal. En fin, el art. 4.4 de la DM sobre la OEDE establece como motivo de no ejecución facultativa por la autoridad judicial de ejecución de una orden de detención europea «cuando haya prescrito el delito o la pena con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución y los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho penal». Por su parte, el art. 12.2 de la Ley 3/2003 indica que la autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea en los casos siguientes: «i) Cuando conforme a la

legislación española el delito en que se funda la orden europea o la pena impuesta hubieran prescrito, si respecto de los hechos delictivos hubieran sido competentes para su persecución los tribunales españoles». La ley francesa que incorpora la DM es de un contenido similar a la española con la diferencia de que en Derecho francés no es un motivo facultativo de denegación sino obligatorio. En fin, sobre estos cambios legislativos en materia de extradición merece hacer mención al proceso de extradición contra un presunto militante del GRAPO (Carlos Pisonero Alonso) entregado a las autoridades españolas el 12 de junio de 2009 acusado de haber cometido, junto a su hermano, un robo a mano armada en una oficina de recaudación de Madrid en junio de 1981, donde a la salida mataron a un policía municipal tras un tiroteo. En un primer momento, la *Chambre de l'Instruction de la Cour d'Appel* de París, el 19 de mayo de 1999, adoptó un dictamen negativo a la solicitud de extradición formulada por el Gobierno español el 3 de marzo de 1998 sobre la base de lo previsto en el art. 10 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 como consecuencia de la prescripción de la acción pública según el Derecho francés. En un segundo momento las autoridades españolas presentaron nueva solicitud de extradición pero sobre la base del art. 8 del Convenio de Dublín de 1996 y ésta fue aceptada. No obstante, se presentó recurso ante el Consejo de Estado francés para que se anulara la decisión de extraditarlo a España. En su Decisión de 15 de mayo de 2009, este Tribunal avala la extradición a España. Interesa señalar que dicho Tribunal indica que los convenios de extradición son normas procesales que, salvo disposición en contrario, son aplicables inmediatamente a los hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, incluso si tienen un efecto desfavorable sobre los intereses de la persona reclamada. Además, eso ocurre especialmente en relación con las condiciones que dichas disposiciones fijan respecto de la prescripción de la acción pública o de la pena. Por tanto, las estipulaciones del Convenio de Dublín de 1996 sustituyen, entre estos Estados, desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2005, a los preceptos del Convenio Europeo de Extradición de 1957. En particular, resulta aplicable el art. 8.1 del Convenio de 1996, sin que se pueda oponer el principio de irretroactividad de la ley penal, puesto que los efectos desfavorables de una modificación del régimen de prescripción no puede analizarse como una pena en el sentido del art. 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No obstante, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010) el día 23 de diciembre de ese mismo año se ha procedido a un replanteamiento del régimen procesal de la prescripción y, entre otros aspectos, supone la introducción de la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona (art. 131.4 *in fine* del CP tras la modificación). La prescripción del delito y de la pena, como causas de extinción de la responsabilidad criminal tiene naturaleza sustantiva, tal como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, de ahí que no se podrá aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable al reo. La aplicación retroactiva de una ley posterior a la ejecución del delito que declara imprescriptible un delito que era prescriptible cuando se cometió constituye una ampliación injustificada, desde el prisma del principio de legalidad, del poder de penar del Estado (véase BACIGALUPO, E., *Teoría y práctica del Derecho Penal*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 371). En lo que atañe a la prescripción habrá de recordarse que la Fiscalía General del Estado, al amparo de una consolidada jurisprudencia, ha venido destacando la naturaleza sustantiva que ostenta este instituto en cuanto causa que extingue la responsabilidad criminal (*Circular 3/2010 de la Fiscalía General del Estado*, de 23 de diciembre de 2010, sobre Régimen Transitorio Aplicable a la re-

forma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio). Por tanto, la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, que de un modo general se consagra en el art. 9 de la Constitución española, impedirá aplicar la nueva regulación a los delitos que ya se hayan cometido antes de la entrada en vigor de la misma, por lo que sólo a partir de entonces y una vez que hayan pasado los plazos de prescripción vigentes, antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, para estos delitos (veinte años) se podrá decir que estos delitos no prescriben; es decir, que sólo dentro de veinte o más años podrá aplicarse esta nueva regulación. En fin, desde la entrada en vigor de dicha modificación del Código Penal español, los delitos de terrorismo serán ya imprescriptibles de tal modo que cuando España sea Estado requirente (según, por ejemplo, el Convenio de Dublín de 1996) o autoridad judicial de ejecución (según la Decisión Marco sobre OEDE o «Estado requerido» utilizando la denominación extradicional clásica) no se podrá alegar como causa de denegación de la extradición y/o OEDE la prescripción del delito o de la pena según el Derecho español. Sin quitar importancia a esta modificación del Código Penal desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico, la verdadera trascendencia jurídica del instituto de la prescripción de la acción penal o de la pena como causa de rechazo de la extradición de este tipo de delitos de terrorismo vendrá cuando se declare su imprescriptibilidad a nivel internacional.

Francisco CUESTA RICO

4.1.3. Violación de derechos fundamentales: Derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 199/2009, de 28 de septiembre de 2009. Ponente: Manuel Aragón Reyes.

F.: <http://www.tribunalconstitucional.es>.

CUARTO.—En el caso que nos ocupa la Audiencia Nacional ha accedido en el Auto que se recurre en amparo a la entrega del recurrente a Rumanía en ejecución de orden europea de detención y entrega, para cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión impuesta en un juicio celebrado en ausencia de aquél, sin incluir, en los términos anteriormente expuestos, la exigencia de que la condena en cuestión pueda ser revisada.

Ciertamente, tal omisión puede obedecer al entendimiento por la Audiencia Nacional de que dicha garantía no es exigible en el presente caso porque en realidad no existió condena en ausencia, toda vez que el recurrente concedió apoderamiento a un Abogado que compareció en el juicio como su defensor particular, a lo que se añade en el Auto impugnado (fundamento de Derecho segundo) que «entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba, que la Autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar, dado que el procedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia».

Pues bien, no puede compartirse el razonamiento de la Audiencia Nacional cuando equipara, a efectos del respeto a las garantías inherentes al proceso justo, la presencia en el juicio del Abogado designado por el recurrente con la efectiva presencia de éste, rechazando, en consecuencia, que el recurrente fuera juzgado en ausencia por el mero hecho de haber comparecido en el juicio su Abogado. Como hemos señalado en la citada STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral

no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, y puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado. En este sentido, la vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa (en igual sentido, entre otras, STC 183/2004, FJ 3).

Tales conclusiones vienen además sustentadas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como destacábamos asimismo en la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, y hemos reiterado, entre otras, en la STC 183/2004, de 2 de noviembre, FJ 4, recordando que el tenor literal del art. 6.3.c) del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), en el que se reconoce el derecho «a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor», resulta especialmente significativo a esos efectos, en cuanto expresa con claridad que quien ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado, mientras que el Letrado se limita a «asistirle» técnicamente en el ejercicio de su derecho (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido).

A tenor de lo expuesto ha de concluirse que el recurrente en amparo fue condenado en Rumanía a una pena grave sin haber estado presente en el juicio, por lo que la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega del recurrente a las autoridades rumanas para el cumplimiento de la condena, sin someter dicha entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Procede, en consecuencia, estimar esta queja y anular el Auto recurrido, si bien el fallo estimatorio habrá de tener un alcance meramente declarativo, por cuanto, como ha sido puesto de relieve en los antecedentes de la presente Sentencia, el 14 de mayo de 2007 fue ejecutado el Auto impugnado y entregado el recurrente a las autoridades judiciales rumanas».

Nota: los hechos en que se fundamenta el recurso de amparo que da origen a esta Sentencia del TC son: el recurrente (el británico Wilson Adran John), de nacionalidad británica, fue puesto a disposición del JCI núm. 5 de la AN en virtud de una OEDE expedida el 6 de febrero de 2007 por las autoridades judiciales de Rumanía para cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión por delito de explotación sexual infantil (en concreto, un delito de relaciones sexuales a cambio de dinero con una persona del mismo sexo, de catorce años de edad, perteneciente a la categoría social de los llamados en Rumanía «niños de la calle»). Incoado el procedimiento de OEDE núm. 24-2007, el 7 de marzo de 2007 se celebró la vista legalmente establecida, no aceptando el recurrente su entrega a Rumanía porque tanto el juicio de primera instancia como el que tuvo lugar en apelación fueron celebrados en su ausencia. La Sección 3.^a de la Sala de lo Penal de la AN, mediante Auto de 27 de abril de 2007, acordó la entrega del recurrente a Rumanía, por entender (fundamento jurídico tercero) que la autoridad judicial rumana emisora de la OEDE ha justificado que el reclamado no fue juzgado en rebeldía, sino que fue citado y compareció por medio de su representante. Es más, consta que concedió apoderamiento a un abogado como defensor particular y entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba, que la autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar, dado que el procedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia.

En la demanda de amparo se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado la entrega del recurrente a Rumanía a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia, tal como exige la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio).

En segundo lugar, se aduce como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por haber incurrido el Auto impugnado en insuficiente motivación en cuanto al rechazo de las alegaciones formuladas por el recurrente sobre el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en Rumanía, dada la situación existente en este país de persecución de la población homosexual, y las condiciones de hacinamiento y peligro en las cárceles rumanas, en las que el recurrente manifiesta haber sufrido tratos vejatorios por parte de otros reclusos.

El TC descarta la queja del recurrente en la que denuncia la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por la insuficiente motivación en que habría incurrido la AN al rechazar las alegaciones del recurrente relativas al riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en caso de ser entregado a Rumanía, toda vez que las alegaciones del recurrente acerca de las supuestas vejaciones sufridas durante su estancia en las cárceles rumanas son denuncias que se formulan con carácter genérico, sin venir sostenidas, como viene exigiendo este Tribunal para otorgarles relevancia constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8; y 140/2007, de 4 de junio, FJ 2, por todas), sobre pruebas o indicios racionales de que, efectivamente, hubiera sido sometido en Rumanía a tratos inhumanos o degradantes, o de que existe un riesgo real y efectivo, un temor racional y fundado, de que los derechos a la integridad física y moral del recurrente corriesen riesgo de verse lesionados en caso de entrega a dicho Estado.

Ciertamente, el hecho de que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la OEDE no haya incorporado expresamente a su articulado una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión de la euroorden, no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, pues, además de que la misma se contiene en el preámbulo de la propia Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, en cuyo apartado 13 se dispone que «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes», nos hallamos ante uno de los «valores fundamentales de las sociedades democráticas» (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7, citando las SSTEDH de 7 de julio de 1989, caso *Soering c. Reino Unido*, y de 11 de julio de 2000, caso *Jabari c. Turquía*), «dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho», por lo que configuran una «prohibición absoluta [...] que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

Ahora bien, para que por el órgano judicial español competente pueda denegar la entrega del reclamado en virtud del procedimiento extradicional o de una OEDE con fundamento en la existencia de un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado a la vida o la integridad física y moral (art. 15 CE) en caso de accederse a la entrega, es preciso, como ya hemos señalado, que el reclamado haya aportado determinados y concretos elementos que sirvan de apoyo razonable a su argumenta-

ción, lo que implica que el temor o riesgos aducidos han de ser fundados, en el sentido de mínimamente acreditados por el propio reclamado, debiendo efectuar concretas alegaciones en relación con su persona y derechos, y sin que sea suficiente la formulación de alusiones o alegaciones genéricas sobre la situación del país (entre otras, STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8, y 140/2007, de 4 de junio, FJ 2). Por tanto, el TC rechaza la queja formulada por el recurrente.

Respecto a la queja referida, en segundo lugar, a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado la entrega del recurrente a Rumanía a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia, el TC precisa que la relevancia constitucional de la decisión de acceder a la entrega para cumplimiento de condenas graves dictadas en ausencia del reclamado ha sido declarada en reiteradas ocasiones por este Tribunal, tanto en relación con el procedimiento de extradición regulado por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, así como en el Convenio europeo de extradición de 1957 y en los Tratados de extradición vigentes suscritos por España, como también respecto del nuevo sistema de entrega instaurado en la Unión Europea, en cumplimiento de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 (recientemente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009), sistema incorporado a nuestro ordenamiento interno por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

En efecto, recuerda nuestro TC su STC 91/2000, de 30 de marzo (véase extractos de dicha sentencia así como un comentario a la misma por GONZÁLEZ VEGA, J. A., en *REDI*, vol. LIII, 2001, 1 y 2, pp. 405-409 y 417-423) donde declaró que la autorización judicial de entrega incondicionada a Italia del reclamado para cumplir una pena que le fue impuesta tras un juicio celebrado en rebeldía vulneró su derecho de defensa (art. 24.2 CE), toda vez que «constituye una vulneración “indirecta” de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana [...] acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa» (FJ 14). Doctrina que ha reiterado en decisiones posteriores (entre otras, SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 156/2002, de 23 de julio, y 183/2004, de 2 noviembre), precisando, en lo que ahora importa, que no se trata de que la AN exija a las autoridades del Estado requirente la prestación de garantía como condición previa para declarar procedente la extradición del reclamado, sino de que, al acordarse la procedencia de la extradición, la misma incluya la exigencia de que en el Estado requirente se den al extraditado las posibilidades de impugnación reseñadas, pesando sobre dicho Estado la responsabilidad del cumplimiento de dicha condición a la que se sujeta expresamente el acuerdo de extradición (STC 156/2002, de 23 de julio, FJ 7, citando el ATC 19/2001, de 30 de enero).

La anterior doctrina ha sido considerada aplicable por la STC 177/2006, de 27 de junio al procedimiento de OEDE, que en los Estados miembros de la Unión Europea —de la que forma parte Rumanía desde el 1 de enero de 2007— sustituye al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957. En efecto, en la STC 177/2006, FJ 7.b), se advierte que «cierto es que ni la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden europea de detención y entrega ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma establecen la mencionada exigencia como condición sine qua non para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada.

Pero ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia, al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso —en este caso extradicional— con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada —implícita o explícitamente— por toda Ley nacional que se dicte al efecto». Por lo demás, el art. 5 de la Decisión Marco prevé la posibilidad de que, en el caso de que la orden europea de detención y entrega «se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía», la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedita «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución», entre otras, a la condición de que «la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista». Ello es indicativo de que la Decisión Marco no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos ordenamientos jurídicos. Siendo ello así, ha de entenderse que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por el TC al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega del demandante a Francia y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho (véase, entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo; 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000 y 163/2000, de 12 de junio, y 183/2004, de 2 de noviembre).

Conviene advertir que la referida Decisión Marco de 13 de junio de 2002 ha sido modificada, como antes se indicó, por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, que, en aras a limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, delimita los supuestos en que la autoridad judicial de ejecución puede denegar la entrega solicitada por el Estado requirente en virtud de euroorden a efectos de cumplimiento una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía. A tal efecto se añade un nuevo art. 4 bis, en el que se determinan los motivos comunes por los que podrá denegarse la ejecución de una orden de detención europea en supuestos de resoluciones dictadas en rebeldía, y se suprime el apartado 1 del art. 5, en el que se contemplaba la posibilidad de que, con arreglo al Derecho interno, la autoridad de ejecución supeditase la entrega del condenado en rebeldía a que el Estado requirente prestase garantías suficientes de que el reclamado en virtud de la orden de detención europea pueda impugnar la condena impuesta en ausencia, para salvaguardar sus derechos de defensa. En todo caso no nos corresponde aquí analizar el alcance de esta modificación introducida por la Decisión Marco de 26 de febrero de 2009, aun pendiente de incorporación a nuestro Derecho interno, y que no resulta aplicable al presente supuesto, en el que la orden europea de detención y entrega fue expedida por Rumanía bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial. No obstante, podemos señalar que la Decisión Marco 2009/299/JAI mencionada modifica las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (*DOUE* L 81, de 27 de marzo de 2009). Dicha Decisión Marco ha sido parcialmente incorporada al Derecho Español a través de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso (*BOE* núm. 61

de 11 de marzo de 2010) que incorpora a nuestro ordenamiento la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Esta reforma ha afectado tanto a la regulación de las causas de denegación del reconocimiento de una resolución como al formulario que se incluye como anexo en esta ley, especialmente respecto a supuestos de no comparecencia del imputado en el juicio.

En fin, es preciso resaltar que dicha Sentencia del TC tiene dos votos particulares discrepantes, uno del magistrado Rodríguez-Zapata y otro del magistrado Pérez Tremps. Para el primero, el amparo se ha concedido contra el tenor literal de la Ley 3/2003, que es la que ha aplicado correctamente la AN y en una interpretación unilateral de la Decisión Marco efectuada con desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sin haber elevado cuestión prejudicial al mismo conforme al art. 35 del Tratado de la Unión Europea, aunque considera innecesario teniendo en cuenta dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para el magistrado Pérez Tremps el presente recurso de amparo debería haber sido remitido al Pleno para que éste: *a)* planteara la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; *b)* planteara, subsidiariamente, cuestión interna de inconstitucionalidad, y *c)* subsidiariamente aún, llegara a un fallo desestimatorio por no existir lesión del art. 24.2 CE.

Francisco CUESTA RICO

4.2. Tráfico de drogas y blanqueo de capitales. Cooperación policial y judicial en materia penal. Escuchas telefónicas. Declaración por videoconferencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) de 6 de julio de 2009. Ponente: Joaquín Giménez García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012009100826.

CUARTO.—[...] Esta Sala Casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, que completa la raquítica e insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECriminal que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de febrero de 2003 —Prado Bugallo vs. España—, aunque justo es reconocer que en el reciente auto de inadmisión, del mismo Tribunal, de 25 de septiembre de 2006, caso Abdulkadir Coban vs. España, modificó el criterio expuesto en el sentido de que el art. 579 LECriminal complementado con la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional permite el eficaz control judicial necesario en una Sociedad Democrática desde la exigencia del art. 8 del Convenio Europeo.

[...] Al ser medida de exclusiva concesión judicial, ésta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención [...]. En definitiva, en la terminología del TEDH se deben facilitar por la autoridad policial las «buenas razones» o «fuertes presunciones» a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi —5 de junio de 1997—, o Klass —6 de septiembre de 1998—. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECriminal [...].

QUINTO.—[...] El comprador del buque zarpa del Puerto de A Coruña, navega hasta el Puerto de Santa María y de allí a Dakar. De Dakar pone dirección a Tema (Ghana)... podría —se dice— haber cargado cocaína al sur de Costa de Marfil, y de allí, Islas Canarias, dirección costa portuguesa y cabo Sines —el 18 de septiembre es avistado por la lancha del Servicio de Vigilancia Aduanera—, comunicando la situación a la Policía Judicial de Portugal. Se sospecha que al ser avistados por las autoridades marítimas de Portugal, no pudo consumir el transporte de droga, lo que fue confirmado por la aparición el 1 de octubre en las costas de Setúbal/Sines de diferentes bultos de cocaína, efectuando las correspondientes diligencias el Juzgado de Grandola —Portugal—. La derrota del «DIRECCION002» fue cambiar de rumbo, dirigiéndose al Puerto de Agadir —Marruecos—. Fue avistado por un avión del Servicio de Vigilancia Aduanera. Se da cuenta de la ruta seguida y que, posteriormente, el 12 de enero entró en el Puerto de Leixoes-Oporto, siendo allí intervenido por las autoridades judiciales para su implicación en los bultos de cocaína aparecidos en la costa de Setúbal/Sines. Se solicita el envío de una Comisión Rogatoria a Portugal en petición de determinados extremos concretados en el escrito, entre otros: analítica de la droga ocupada, cantidad y embalaje, anotaciones o documentos de interés que se encuentren en el buque, identificación de todos los tripulantes [...].

SÉPTIMO.—[...] Por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la nulidad del abordaje del DIRECCION001, nulidad que acarrearía la de las pruebas incriminatorias allí encontradas —412 kilos de cocaína con una concentración media del 82 por 100—. En la argumentación del motivo se dice que no existió una verdadera cooperación internacional entre órganos judiciales de la Unión Europea, todo fue un procedimiento policial, y así se refiere a declaraciones de la Guardia Civil en el Plenario en el que los testigos dijeron que se pidió ayuda a la Armada Francesa para abordar el barco, y fue esta fuerza la que lo llevó a cabo [...]. Desde el presupuesto de la existencia de una orden judicial, dictada en auto motivado por Juez competente, la denuncia debe ser rechazada, careciendo de toda relevancia que ante la imposibilidad estratégica de efectuar el abordaje por las fuerzas de policía española, se solicitara y obtuviera la colaboración de la Armada Francesa. No se trató de una colaboración entre autoridades judiciales francesas y españolas, y por ello no existió procedimiento abierto por autoridad judicial francesa como se dice en el folio 8613 en relación a una Comisión Rogatoria dirigida a Francia. Se trató de una autorización de abordaje dada por el Juez competente en España, para cuya ejecución se solicitó, por parte de los miembros policiales españoles la colaboración de la Armada Francesa [...]. No hubo ninguna vulneración flagrante de los derechos del recurrente. Antes bien la operación fue correcta tanto desde la perspectiva constitucional como de la legalidad ordinaria.

SÉPTIMO.—El cuarto motivo denuncia sustracción a las defensas de la posibilidad de contradecir en el Plenario prueba pericial toxicológica efectuada sobre la cocaína ocupada en el DIRECCION001. La línea defensiva, partiendo del hecho reconocido de que los responsables del laboratorio francés donde se analizan la cocaína no acudieron al llamamiento judicial para asistir al Plenario, lo que supuso la imposibilidad de contradecir tal informe, concluye que ello vulneró sus derechos al proceso debido [...]. Se concluye afirmando que en todo caso podría haberse utilizado el sistema de videoconferencia que permite el art. 10 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los países de la Unión Europea —BOE de 28 de octubre de 2005, fecha definitiva entrada en vigor—. Hay que partir del principio fundamental de que espacio de libertad, seguridad y justicia que es la Unión Europea, exige como consecuencia el principio de libre circulación de pruebas en el proceso penal —en tal sentido STS 1345/2005 de 14 de octubre— [...]. Consta en el Rollo de la Audiencia la actividad desplegada por el Tribunal para conseguir la presencia del responsable de la analítica de drogas, D. Cesáreo, y en tal sentido se envió

la oportuna Comisión Rogatoria... El Tribunal hizo cuanto estaba en su mano para conseguir la presencia en el Plenario de la persona concernida, sin que la incomparecencia pudiera justificar la adopción de alguna medida, toda vez que se trató de funcionario público no sometido a la jurisdicción del Tribunal [...]. Se dice en el motivo que podría haberse adoptado el sistema de videoconferencia, admitido expresamente en el Convenio Europeo de 29 de mayo de 2000 en el art. 10. Tan cierta fue esa posibilidad, que sin duda era conocida tanto por las partes solicitantes de la prueba como por el propio Tribunal, como cierto es que ni el recurrente ni ninguna de las partes que propusieron dicha prueba interesaron la declaración por videoconferencia, por eso, ahora carecen de legitimidad para cuestionar lo que se pudo haber hecho, pero no lo interesaron temporáneamente [...]. En consecuencia debe rechazarse la denuncia, y estimar totalmente ajustada a derecho la doctrina de la Sala. Por otra parte, no debe olvidarse que tratándose de una analítica de droga, todos los países firmantes de los Tratados internacionales en relación al tráfico de drogas se comprometieron a fijar un laboratorio oficial único en cada país, que en España es la Oficina del Medicamento y en Francia por el Laboratorio Público correspondiente.

SÉPTIMO.—[...] *Se dice que ha vulnerado el derecho a la doble instancia, y por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso sin dilaciones, y que todo ello le hace acreedor de una minoración penal. Que nuestro recurso de casación es un recurso efectivo desde las exigencias del art. 15-4.º del Pacto Internacional de Naciones Unidas, es hoy un lugar común en la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Basta al respecto, entre otras muchas, la cita de las SSTs 893/2007, 609/2008, 90/2007 ó 187/2008, doctrina que ya se inició en el auto de 14 de diciembre de 2001 que continúa en la STS de 25 de abril de 2002. Del Tribunal Constitucional se puede citar la STC 116/2006 y las en ella citadas, y finalmente recordar el solo dato de que las Decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas 1385/2005 y 1399/2005 declararon en relación a los casos estudiados que la casación estudió los asuntos con detalle en lo referente a las pruebas de cargo, concluyendo que la denuncia efectuada no estaba fundamentada por ser un recurso efectivo [...].*

OCTAVO.—[...] *En relación con la prueba testifical que examinamos en este fundamento, hemos de significar la relevancia de la misma en cuanto a las declaraciones prestadas por los miembros de la Policía Judicial Portuguesa que se desplazaron a la sede del Tribunal para ser oídos en declaración como testigos (actuación habida en el marco de la Comisión Rogatoria interesada por la Autoridad Judicial Española a la Portuguesa)... Es de resaltar la condición de funcionarios de otro país, y de su intervención en la presente causa, con base a lo previsto en el Convenio de Asistencia Judicial en materia Penal de 1959 [...].*

Nota: esta sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo pone claramente de manifiesto el carácter transnacional de los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales, y la necesidad de cooperar, policial y judicialmente, con otros Estados para perseguir estos tipos delictivos en su integridad. En este caso, una organización criminal se dedicaba al transporte de ingentes cantidades de cocaína desde los continentes americano y africano hasta España, así como al consiguiente blanqueo del dinero obtenido a través de este tráfico ilícito.

El Alto Tribunal sopesa, entre otros, la validez de las intervenciones telefónicas acordadas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Para ello, se remite a la jurisprudencia del TEDH que ha dispuesto, en un reciente auto, que el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, complementado con la doctrina del Supremo y del Constitucional, permite un control judicial eficaz de conformidad con el art. 8 del

CEDH. Las remisiones a la terminología que emplea el TEDH, en este ámbito, son numerosas.

Resulta de interés, por otro lado, la referencia que se hace al principio de libre circulación de pruebas en el proceso penal, consecuencia de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Aunque en este caso no se interesó por ninguna de las partes la declaración por videoconferencia del funcionario francés que preparó el informe pericial sobre la cocaína decomisada (en vista de la imposibilidad de que compareciese en juicio), el Supremo entiende —en cualquier caso— que la lectura de su informe pericial, acordada por el Tribunal sentenciador, no fue contraria a Derecho.

Por otra parte, esta sentencia ratifica la legalidad de la operación llevada a cabo para el abordaje del barco. Partiendo de la existencia de una orden judicial, dictada en auto motivado por el juez competente, el Alto Tribunal considera irrelevante que las fuerzas de la policía española no pudieran efectuar el abordaje por sí solas y tuvieran que solicitar la colaboración de la armada francesa. Se trató, en este caso, de un acto de cooperación policial internacional, perfectamente compatible con la orden judicial dictada.

Debe destacarse, asimismo, el buen uso que se hace de la comisión rogatoria de conformidad con el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, al objeto de obtener las pruebas testificales necesarias por parte de funcionarios portugueses, entre otros.

Por último, aunque no se cita en esta sentencia, nos parece oportuno referirnos a la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust (aún no transpuesta en Derecho español), que establece en su nuevo art. 13 que los Estados miembros garantizarán que su miembro nacional sea informado sin demora injustificada de cualquier caso que afecte al menos a tres Estados miembros y para los cuales se hayan transmitido al menos a dos Estados miembros solicitudes de cooperación judicial. En el listado de delitos mencionados dentro del ámbito de esta disposición, figuran el tráfico de drogas y el blanqueo de dinero.

Gracias a este mecanismo obligatorio de intercambio de información entre la autoridad judicial nacional y Eurojust, aumentará sustancialmente el número de investigaciones penales que se sometan, con la asistencia de Eurojust, a la coordinación judicial entre las autoridades competentes de los Estados afectados. Se va a imponer, por tanto, una creciente internacionalización de la función judicial penal, muy necesaria para luchar con mayor eficacia contra los delitos mencionados.

José F. CASTILLO GARCÍA

4.3. Tráfico de Drogas: Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961. Normal penal en blanco

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.^a) de 5 de marzo de 2010. Ponente: Guillermo Ruiz Polanco.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220032010100006.

TERCERO.—[...] Ahora bien, ello no quiere decir que en determinados casos la Legislación o los Tratados Internacionales hayan previsto una forma de conservación o tratamiento distinto teniendo en cuenta la naturaleza de determinados efectos, como sucede

concretamente con los estupefacientes [...]. Tratándose de estupefacientes o sustancias psicotrópicas debe tenerse en cuenta el Convenio Único de 1961 sobre los primeros, ratificado por España mediante Instrumento de 3 de febrero de 1966, y el Convenio de Uso de las segundas de 21 de febrero de 1971, que obligan a concentrar en un servicio administrativo la intervención de dichas sustancias decomisadas, como recuerda, en relación con el Convenio Único, el preámbulo de la Ley 17/1967 de 8 de abril, sobre Normas Reguladoras de estupefacientes, cuyo art. 4.º establece el Servicio de Control de Estupefacientes, siendo uno de sus cometidos el depósito de los mismos (art. 5.º.a), y el art. 31 señala específicamente que «las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes». Lo anterior ya ha sido puesto de relieve por la STS de 6 de julio de 88 cuando razona que «a partir de los Convenios Internacionales (mencionados) la Comunidad Internacional decidió medidas drásticas de intervención sobre tales sustancias a fin de prevenir los graves daños que su uso puede ocasionar en la salud física o psíquica de los consumidores, siendo precisamente una de tales medidas la adopción por parte de los Estados signatarios de un servicio administrativo de control para impedir que las drogas tóxicas puedan encontrarse en dependencias públicas distintas de las previstas a tal fin» [...].

QUINTO.—[...] Ha de expresarse, ante todo, que, como es sabido, el art. 368 del Código Penal es una norma penal en blanco, que ha de ser integrada para determinar qué sustancias tienen la consideración de drogas tóxicas o estupefacientes, por las listas incorporadas a la Convención única de las Naciones Unidas, ratificada por España por Instrumento de 3 de febrero de 1996, en las que la cocaína aparece incluida bajo la consideración de aquellas que causan grave daño a la salud. Y dentro de las conductas o actividades que se consideran englobadas en del tipo objetivo de este delito —por ir encaminadas a promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas—, hay que considerar tanto la venta o donación, como el transporte o la tenencia preordenada al tráfico [...].

Nota: como en sentencias anteriores, el Tribunal Supremo se remite a las listas incorporadas a la Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 al objeto de completar el art. 368 del Código Penal, norma penal en blanco, y determinar, de este modo, qué sustancias tienen la consideración de drogas tóxicas o estupefacientes. Por otra parte, el Alto Tribunal considera la legalidad de la forma de conservación de los estupefacientes decomisados a la luz de la Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 y la Convención sobre el Uso de Sustancias Psicotrópicas de 1971, que obligan a los Estados a concentrar en un servicio administrativo único las sustancias estupefacientes decomisadas.

José F. CASTILLO GARCÍA

5. DERECHO DEL MAR

ESPACIOS MARÍTIMOS.—Alta mar. Inspección de buque en alta mar. Ejercicio de la jurisdicción penal española.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 19 de abril de 2010. Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012010100298.

PRIMERO.—Por el cauce del art. 849.1.º Lecrim, se ha denunciado aplicación indebida del art. 23.4 LOPJ en su actual redacción, por manifiesta incompetencia de juris-

dicción de los tribunales españoles, en relación con algunos preceptos de la Convención de la ONU sobre el Derecho del mar, de la Convención sobre alta mar y de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes, que se citan pero no se examinan. El argumento de apoyo es, de un lado, que se trató de un barco de pabellón británico, tripulado por tres ciudadanos lituanos, con destino a un lugar de las Azores que se ignora, capturado en aguas internacionales. De otro, que en los hechos no habrían participado ciudadanos extranjeros. Y, en fin, que la redacción dada al art. 24.3 LOPJ (sic) por la Ley orgánica 1/2009 limita la intervención de nuestros tribunales en casos como el de que se trata al supuesto de afectación a los intereses nacionales, siempre que en otro país competente o por un tribunal internacional no se hubiera iniciado un proceso al respecto.

Como resulta de la expuesto, la objeción se concreta en el aserto de que la Ley orgánica 1/2009 habría comportado una modificación esencial en los criterios de determinación de la competencia de los tribunales españoles para juzgar, de manera que la excluiría, privándola pues de cobertura legal, en el caso a examen.

Pues bien, la objeción no se sostiene y la razón es tan simple que basta señalar que, precisamente, según el tenor dado al nuevo texto por esa norma, concurriendo las previsiones tanto de Derecho interno como las de los instrumentos internacionales propias de la materia (tráfico de sustancias estupefacientes) suscritos por España, que hacían hasta ahora incuestionable la extensión de la jurisdicción de nuestro país a supuestos como el de esta causa, se da también una de las exigencias del actual art. 23.4 LOPJ, de la que se sigue con toda claridad la habilitación legal para actuar como realmente se ha hecho.

Es el dato de que los «presuntos responsables se encuentran en España», después de haber sido apresados en el curso de una operación policial regular.

Sobre la misma materia:

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.^a) de 21 de mayo de 2010. Ponente: Enrique López López.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220022010100030.

PRIMERO.—[...] En cuanto a la petición de nulidades de abordaje debe ser rechazada. En efecto, a partir de las intervenciones telefónicas ya examinadas, se llegó al conocimiento de las coordenadas concretas en las que se presuntamente se iba a hacer el trasbordo de la sustancia estupefaciente del barco nodriza a otro para ser introducido en España, lo cual se ocurriría a unas 700 millas al oeste de Liberia y a 700 millas al sur del archipiélago de Cabo Verde. El 16 de mayo de 2006 se dicta la oportuna autorización de abordaje, donde se limitan las coordenadas geográficas de abordaje e inspección de zonas comunes de los buques con pabellón desconocido que se encuentren entre las coordenadas determinadas en el auto, recordando a las autoridades intervinientes las obligaciones existentes en caso de que enarboles bandera de un estado concreto. En el referido auto se recordaba que en el caso de que carecieran de pabellón visible o se comprobare que usan dos o más de conveniencia se considerarían buques sin nacionalidad y podrían actuar en consecuencia. Con fecha 22 de mayo de 2006 se dicta otro auto en el que se amplía la fecha de abordaje y las coordenadas y en el que advierte el Juez que en el estado actual de las investigaciones se desconocen los pabellones de los dos barcos, el BUQUE000 y en el que se debía haber realizado la entrega de la droga, ante lo cual vuelve a recordar a la fuerza actuante que si carecieran de pabellón «visible» se considera un buque sin nacionalidad. Cuando el barco es abordado carecía de pabellón visible, aunque no de

documentación, como así han declarado todos los testigos pertenecientes a las fuerzas actuantes en el abordaje. Concretamente el Guardia Civil núm. NUM033 declara que cuando llega al barco éste no tiene pabellón; en la misma línea el funcionario de vigilancia aduanera núm. NUM034 declara que el barco no llevaba pabellón.; en el folio 2962 consta el informe remitido al Juzgado sobre el acto de abordaje donde se advierte que el abordaje se produce «sin tener en el momento de abordaje bandera de país».

El art. 17, apartados 2, 3 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por Instrumento de 30 de julio de 1990, disponen lo siguiente:

[...] Esto quiere decir que cualquier país puede abordar cuando se dé el supuesto de hecho una embarcación de su pabellón o que no enarbole otro, como es el caso y en definitiva, consta resolución judicial autorizante de la interceptación y abordaje de la referida embarcación que la embarcación navegaba sin pabellón visible. Por ello no se aprecia en el caso, pues, infracción alguna de las normas que regulan el abordaje en alta mar. El abordaje y registro de la embarcación se produjo conforme a la normativa legal y constitucional citada y aplicable al caso, las alegaciones de las defensas deben ser desestimadas.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 3 de marzo de 2010. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Larcia.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012010100198.

TERCERO.—En el segundo motivo, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del 852 de la LECrim, alega inviolabilidad del domicilio, y la nulidad del Auto de 29 de mayo de 2006 que acuerda el abordaje. Argumenta que se produjo en alta mar, por lo que el órgano jurisdiccional español carecería de competencia. De otro lado, dice, la cubierta se encontraba limpia, por lo que no existían razones para abordarlo. En realidad, continúa, se basaron en las escuchas telefónicas, por lo que siendo nulas éstas, será nulo el Auto que acuerda el abordaje. Además, argumenta que no se respetó lo que decía el Auto, pues los agentes derribaron la puerta y asaltaron el interior del velero y practicaron las detenciones y registraron el interior, contando los fardos y llevándose dos al Petrel. El capitán (f. 78) decide abordar el velero y registrarlo en contra de los términos del Auto. Y antes del Auto de 31 de mayo que acuerda la entrada y registro.

1. La competencia de los órganos jurisdiccionales españoles resulta del art. 23.4.f de la LOPJ, así como de las normas internacionales a las que luego se hará referencia, sin que sean precisas mayores consideraciones sobre el particular.

2. El art. 11.1 de la LOPJ dispone la prohibición de valoración de las pruebas que se hayan obtenido, directa o indirectamente, vulnerando derechos fundamentales. Si el Auto acordando el abordaje se hubiera basado en los datos obtenidos de las intervenciones telefónicas declaradas nulas, su nulidad sería evidente. Sin embargo, el contenido de las conversaciones interceptadas no aporta datos decisivos a estos efectos. Aunque se pudiera sospechar que se trataba de comunicaciones en clave entre tierra y mar, la identidad de unos y otros no se podía establecer en ese momento, y es claro que no se puede descartar la existencia de operaciones similares y simultáneas. En realidad, el Auto que acuerda el abordaje se basa en las sospechas ya existentes, respecto de la existencia de una operación de tráfico de drogas por mar, que habían sido trasladadas al Juez en la solicitud de intervención telefónica, aunque las razones que las avalaban aún hoy sigan siendo desconocidas.

Puede afirmarse, pues, que la resolución judicial no encuentra suficiente justificación en los datos entonces conocidos, pues de lo único que disponía el Juez era de las sospechas policiales, cuyas bases fácticas no se habían explicitado, impidiendo la verificación judicial de su racionalidad.

3. Sin embargo, esta consideración no determina la nulidad del abordaje ni de todo lo ocurrido con posterioridad. Las sospechas policiales autorizaban a realizar vigilancias sobre un barco sospechoso y a controlar su derrota, de manera que el patrullero Petrel, en cumplimiento de sus obligaciones, podía acercarse y verificar con los medios a su alcance la regularidad de la navegación y la concurrencia o no de elementos sospechosos. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por España por Instrumento de 30 de julio de 1990, dispone en el art. 17.1 que [...]

Una vez en las cercanías de la embarcación sospechosa, deben tenerse en cuenta las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada por España por Instrumento de 20 de diciembre de 1996. Luego de establecer en el art. 108 la obligación de todos los Estados en la cooperación para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales, regula en el art. 110 el derecho de visita que se reconoce a los buques de guerra que encuentren en alta mar un buque extranjero que no goce de inmunidad de conformidad con los arts. 95 y 96 de la Convención, siempre que haya motivo razonable para sospechar que el buque, entre otros casos que cita, no tenga nacionalidad.

[...] 4. De todo ello se desprende que el patrullero Petrel, del Servicio de Vigilancia Aduanera, claramente identificado como buque al servicio del Gobierno de España, pudo legítimamente acercarse al velero sospechoso y, una vez verificado que carecía de matrícula, que no podía ser identificado adecuadamente, y que, por lo tanto, existían vehementes sospechas de que carecía de nacionalidad, pudo abordarlo para realizar las comprobaciones necesarias. Así se hace constar en las actas levantadas por la tripulación del patrullero, en las que se hace expresa mención al art. 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, precepto que también aparecía ya citado en el Auto Judicial para el caso de que la embarcación navegara irregularmente identificada.

Una vez a bordo del velero sospechoso, fue evidente el transporte de droga, dado el aspecto externo de los fardos que, aunque no estaban en la cubierta, se encontraban a la vista y eran fácilmente perceptibles en su apariencia y en su número sin necesidad alguna de penetrar en las zonas del barco que, en principio, pudiera entenderse que se dedicaban al desarrollo de la privacidad de sus tripulantes. Desde ese momento, la flagrancia del delito autorizaba las posteriores diligencias. En la sentencia impugnada se argumenta, además, que según la testifical, las puertas de los camarotes no estaban cerradas al impedirlo los fardos de droga, lo que hacía que resultaran visibles desde las zonas comunes. Y, en cualquier caso, el registro final de los camarotes se realizó una vez que el Juez lo autorizó mediante el correspondiente Auto.

En consecuencia, con independencia de la validez de las intervenciones telefónicas y del Auto que acuerda el abordaje en cuanto se refiere a la insuficiencia de las sospechas, las diligencias policiales realizadas para abordar el barco y ocupar la droga son válidas en cuanto encuentran apoyo en las disposiciones de las Convenciones internacionales citadas, incorporadas al ordenamiento español tras su ratificación. Y el registro final de los camarotes resulta igualmente válido al estar amparado, no solo en el carácter flagrante del delito, que autorizaba ya un primer registro, sino también en la correspondiente resolución judicial.

Por todo ello, ambos motivos se desestiman. Ello determina, asimismo, la desestimación del motivo tercero en el que, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del 852 LECrim alega la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al haberse valorado pruebas que eran nulas en cuanto obtenidas ilícitamente, al hacerse con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 11 de marzo de 2010. Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012010200699.

ÚNICO.—*Las extensas argumentaciones expuestas por la parte recurrente destinada a apoyar la falta de jurisdicción de los Tribunales Españoles sobre los hechos objeto de enjuiciamiento podrían resumirse de la siguiente manera: se ha hecho por parte del Tribunal de Instancia una interpretación no ajustada a Derecho del principio de justicia Universal establecido en el art. 23.4 de la LOPJ porque no existe ningún punto de conexión entre el barco abordado en alta mar y España; el hecho del abordaje del buque en aguas internacionales, siendo su pabellón de la Islas Vírgenes, pertenecientes al Reino Unido, contraviene la normativa internacional sobre el particular, tanto la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como el Convenio Internacional Contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas hecho en Viena en 1988, pues no se han seguido los trámites allí previstos; existe otro procedimiento penal en trámite en Francia para la investigación de los mismos hechos, por lo que la continuación de estos autos supondría una violación del principio ne bis in idem.*

[...] la intervención de un Estado, como España, que ejerce la soberanía en aguas internacionales, remite a las normas que regulan las relaciones entre las respectivas naciones, de acuerdo con lo dispuesto en Convenios tales como el de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, o el de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982, pero, en modo alguno, su finalidad es la protección o tutela de derechos fundamentales de carácter personal, de cuya infracción, según nuestro ordenamiento y en concreto del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hubiera de derivarse nulidad probatoria alguna. Por tanto, se trataría, en todo caso, de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas.

[...] el incumplimiento de la norma que prevé estas autorizaciones no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio Derecho penal internacional. En efecto, al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados, pero claramente ajena, por lo tanto, al presente proceso. En todo caso puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencias a la valoración de la prueba obtenida, máxime cuando las normas de Derecho penal internacional, contenidas en el art. 23 LOPJ, establecen, sin duda, la competencia universal de la jurisdicción española para conocer de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes.

[...] Restan por analizar las alegaciones que realiza el recurrente sobre la afectación del principio non bis in idem dada la existencia, que consta efectivamente, del citado procedimiento francés.

Sobre este particular hemos de indicar que la tramitación simultánea de dos procedimientos penales contra una misma persona sobre unos mismos hechos en dos Estados diferentes, en este caso de la Unión Europea, no supondría sin más, como se pretende en el suplico del recurso interpuesto, que los Órganos Jurisdiccionales Españoles declararan su incompetencia de Jurisdicción, declarando además la competencia de la Jurisdicción de otro Estado, como si de un conflicto de Jurisdicción entre Órganos Jurisdiccionales se tratara, con el claro riesgo de impunidad de las conductas que ello supondría en caso de conflicto negativo, sino que la cuestión habría de ser canalizada a través de una cesión de Jurisdicción de los Tribunales Españoles a favor en este caso del Estado Francés, o del Reino Unido, lo que exigiría el correspondiente procedimiento, siendo su decisión competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de conformidad con el art. 65.3 de la LOPJ.

Esta es la solución apuntada por el Convenio Europeo de 1973 del Consejo de Europa sobre la transmisión de Procedimientos en Materia Penal, que por cierto no han firmado ni Francia ni el Reino Unido, así por la reciente Decisión Marco 2009/948/JAI de Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. Esta es una norma que según expone ella misma tiene como objetivo evitar las situaciones en que una misma persona es objeto de procesos penales paralelos en distintos Estados miembros por los mismos hechos, que podrían llevar a una resolución final de dichos procedimientos en dos o más Estados miembros. Por consiguiente, la Decisión marco pretende prevenir la vulneración del principio ne bis in idem, consagrado en el art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (2), tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (4) Deben realizarse consultas directas entre las autoridades.

Esta decisión marco establece toda una serie de disposiciones para cuando confirmado la existencia de lo que ella denomina procedimientos paralelos las autoridades de uno y otro Estado lleguen a un consenso sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar las consecuencias adversas derivadas de dichos procedimientos paralelos, que podrá, si procede, llevar a la concentración de los procesos penales en un Estado miembro.

En definitiva, ha de inadmitirse el recurso interpuesto.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 23 de febrero de 2010. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012010100175.

DUODÉCIMO.—[...] En cuanto al abordaje, se alega que se trataba de un barco que navegaba bajo pabellón británico y que por lo tanto se precisaba la autorización de las autoridades diplomáticas o consulares de ese país para abordar el barco y para registrar-lo, autorización que no fue obtenida en momento alguno.

[...] Ubicándonos ya en el caso concreto, se dan una serie de factores que convierten en legal el abordaje. Primeramente, porque, a tenor de la prueba testifical practicada en la vista del juicio, los tripulantes del catamarán permitieron a los agentes de la Guardia Civil el acceso a la embarcación, según el resultado de las pruebas personales practicadas

A ello ha de añadirse el dato relevante de que el barco viajaba bajo pabellón de conveniencia, sin que pueda admitirse que estuviera bajo la jurisdicción del Reino Unido, pues, tal como se asevera en la sentencia, ha quedado fehacientemente evidenciado que la documentación había sido falsificada, lo que significa que no viajaba bajo pabellón alguno y, según el art. 91 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, se exige una relación auténtica entre el Estado y el buque, circunstancia que en este caso no concurre al tratarse de una mera apariencia sin base legal alguna.

Además, sobre este particular tiene reiteradamente establecido este Tribunal de Casación (SSTS. 1562/2003, de 25.11; 209/2007, de 9-3; y 249/2008, de 20-5) que «el incumplimiento de la norma que prevé estas autorizaciones no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio Derecho penal internacional. En efecto, al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados, pero claramente ajena, por lo tanto, al presente proceso. En todo caso puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencias a la valoración de la prueba obtenida, máxime cuando las normas de Derecho penal internacional, contenidas en el art. 23 LOPJ, establecen, sin duda, la competencia universal de la jurisdicción española para conocer de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes».

Y a todo ello todavía cabe adicionar que las autoridades británicas acabaron autorizando el abordaje del buque, aunque fuera unas horas después de su real ejecución, autorización que, evidentemente, subsanaba cualquier irregularidad previa que pudiera esgrimirse.

Debe por tanto rechazarse este motivo de impugnación.

Nota: las sentencias extractadas *supra* comparten unos supuestos de hecho consistentes, a grandes rasgos, en el abordaje practicado por efectivos de las fuerzas de seguridad españolas a buques, supuestamente dedicados al tráfico ilícito de drogas, cuando aquéllos se encontraban en aguas de alta mar. Las circunstancias concretas de cada uno de los asuntos varían: en cuanto a la nacionalidad de los ocupantes de la embarcación o del resto de los implicados en el delito; la nacionalidad del barco; el origen y, sobre todo, el destino previsto para el cargamento. Al margen del sentido de estas variables, todos los abordajes trajeron consigo el sometimiento a la jurisdicción española de estos hechos. A mi juicio, este comentario suscita el análisis de dos cuestiones estrechamente vinculadas. Por un lado, acerca de la conformidad de los abordajes con las normas internacionales sobre la materia que son de aplicación a España. Por otro, sobre el ejercicio de la jurisdicción española en la persecución de este tipo de delitos cometidos bajo esta serie de circunstancias.

Las normas internacionales sobre abordaje en alta mar de un buque extranjero sospechoso de llevar a cabo actividades relacionadas con el tráfico ilícito de drogas, por discutible que pueda parecer, no dejan lugar a dudas al exigir, en todo caso, que el Estado interesado obtenga la autorización del Estado del pabellón como condición inexcusable para efectuar legítimamente tal acto de fuerza (véase el art. 108 del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y el art. 17 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988). Puesto que en las cinco sentencias comentadas la nacionalidad del buque abordado no es la española, debemos ver si esta condición se cumple, cosa que ocurre en los casos expuestos por las SSTS de 11 de marzo y 19 de abril. En las otras tres sentencias, la cuestión es más compleja. En la SAN de 21 de mayo se explica

que el buque no luce pabellón visible; en la STS de 3 de marzo, que el buque navega con pabellón de Estados Unidos pero que la matrícula y número de registro figuran tapados; en la STS de 23 de febrero, que la documentación que justificaría el pabellón británico del buque se demuestra falsificada. En estos tres últimos casos, los ponentes llegan a la conclusión de que esos buques carecen de nacionalidad, de manera que el abordaje puede realizarse lícitamente sin la necesidad de solicitar autorización alguna en aplicación del art. 17 de la Convención de 1988 y del art. 110 CNUDM, donde se recoge el derecho de visita a una nave sobre la que existan motivos razonables para pensar que navega sin pabellón.

El tráfico ilegal de drogas es uno de los delitos contemplados en el art. 23.4 LOPJ sobre los que los tribunales españoles poseen jurisdicción universal. En las sentencias analizadas, es común que los magistrados españoles muestren su determinación para someter todos estos casos a nuestra jurisdicción, a despecho de cualquier conexión clara con España del asunto concreto, lo cual era admisible hasta la entrada en vigor de la LO 1/2009, que, como es bien sabido, limita la jurisdicción universal española a aquellos casos en los que pueda «constatarse algún vínculo de conexión relevante con España» y la condiciona a que no se haya iniciado procedimiento sobre el mismo delito en otro Estado competente o en el seno de un tribunal internacional. Este nuevo contenido de la jurisdicción universal española es sometido ya a prueba en dos de las sentencias comentadas, y con poca fortuna, a mi juicio. En la STS de 19 de abril, se trata de un buque de pabellón británico, ocupado por personas de nacionalidad lituana, que parte de Venezuela y transporta cocaína a las Azores o algún punto de las costas europeas sin determinar. Además, no existe ninguna relación delictiva localizada en España o con españoles y el abordaje se realiza en la alta mar ubicada al oeste de las Azores. Dado este conjunto de hechos probados, era evidente que los condenados por la Audiencia de instancia en este asunto presentarían un recurso de casación denunciando la falta de competencia de la jurisdicción española por la ausencia de ese vínculo de conexión relevante con España. Por todo argumento en respuesta a esta petición, el ponente indica que dicho vínculo consiste en que los «presuntos responsables se encuentran en España», aunque se le olvida mencionar que si se encuentran en España es debido a que han sido detenidos cuando estaban en un buque británico en alta mar y trasladados en contra de su voluntad a España. En la STS de 11 de marzo el problema es otro, pues sí se demuestra la existencia de un vínculo de los elementos del caso con España, pero también queda constancia del desarrollo de un procedimiento judicial por los mismos hechos delictivos en Francia, dato que, pese a encajar perfectamente en lo contemplado por la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ, es ignorado por el ponente.

Como conclusión general al análisis de estas sentencias, cabe señalar que sus argumentos suscitan más interrogantes e inquietudes que certezas. Nadie duda de la necesidad de combatir el tráfico ilegal de droga, llegando a interceptar los buques contenedores de estas sustancias en alta mar. Pero, conscientemente, la CNUDM, al igual que el resto de normas internacionales específicas sobre la materia, supeditó el abordaje en alta mar de buques extranjeros sospechosos de tráfico de drogas a la autorización del Estado del pabellón, condición que no estimó necesaria para casos de esclavitud o piratería, por ejemplo. Igualmente, es deseable que a esta actividad ilícita, en todas sus vertientes, le sea de aplicación la jurisdicción universal, incluso con su versión actual un tanto descafeinada. Ahora bien, el tráfico ilegal de droga, como acabo de mostrar al menos cuando se refiere a abordajes en alta mar de buques extranjeros, no dispone de un marco jurídico internacional tan propicio para la jurisdicción universal como ocurre, por ejemplo, con los casos ya expuestos de esclavitud

y piratería. En cualquier caso, no deberían surgir problemas si el abordaje se efectúa conforme a las normas internacionales y el ejercicio de la jurisdicción se ajusta tanto a las normas internacionales como a la propia LOPJ. Pero, ¿y si el abordaje no respeta las normas internacionales? ¿Y si los tribunales españoles no respetan los límites fijados por las normas internacionales y por la LOPJ para el ejercicio de su jurisdicción? En las SSTs de 11 de marzo y 23 de febrero se advierte que, aun en el caso de demostrar que el abordaje no se realizó de acuerdo a las normas internacionales, la jurisdicción española no se vería alterada ni el abordaje quedaría invalidado. Y en relación con la segunda cuestión, ya he señalado la vulneración de las reglas del actual art. 23.4 LOPJ que se comete en la STS de 19 de abril y, de nuevo, en la STS de 11 de marzo. Evidentemente, un análisis más profundo de estas cuestiones excedería la naturaleza del presente comentario.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ

6. ASILO Y REFUGIO

6.1. La exigencia de indicios suficientes sobre la existencia de una persecución grave e individualizada para la concesión del asilo. Invocación de normativa internacional y de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6149/2009 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.^a) de 2 de octubre de 2009. Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052009100527.

CUARTO.—[...] Es cierto que para la concesión del asilo bastan «indicios suficientes» sobre el fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, conforme a lo previsto en el art. 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y en el art. 1.2 del Protocolo de Nueva York de 1967, Instrumentos internacionales ambos a los que expresamente se remite el art. 3 de la Ley de Asilo. De modo que, en todo caso, dichos indicios han de concurrir, y es carga del recurrente aportarlos.

[...] La sentencia impugnada desestima el recurso no porque considere que ha de concurrir una prueba plena sino porque no se vislumbran, ni siquiera, «indicios suficientes» sobre la persecución alegada.

Sobre la misma materia:

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 748/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.^a) de 24 de febrero de 2010. Ponente: Fernando Francisco Benito Moreno.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230052010100138.

TERCERO.—Para la resolución de la cuestión planteada partimos de los siguientes presupuestos:

a) La definición del refugiado político que resulta de la mencionada normativa, comprende al extranjero que tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones o pertenencia a determinado grupo social, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no

quiera acogerse a la protección de tal país, lo que determina la concurrencia de una serie de conceptos jurídicamente indeterminados, que reconocen a la Administración un margen de apreciación ante la dificultad que media entre dichos conceptos y la necesidad de concretar de manera positiva, en el caso examinado, si concurren las circunstancias determinantes de la concesión o denegación del refugio.

Estas circunstancias, que son, en ocasiones, difíciles de constatar, evidencian, en el caso del refugio político, la necesidad de una razonable probabilidad de sufrir una persecución por los motivos indicados, que han de ser probados sobre la base de una valoración que indicará si dichas circunstancias son aptas para fundar una sensación de temor y persecución por razones de raza, sexo o religión.

[...] c) De conformidad con el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, concretan los arts. 2 y 3 de tal Declaración (sic) las circunstancias concurrentes para la concesión, siendo explícito el artículo tercero al establecer las causas justificativas de la solicitud y denegación, las circunstancias en las que podrán pedir las personas a las que se hubiera reconocido la calidad de refugiado y quienes sufran persecución o estén sometidas a enjuiciamiento, reconociéndose tal condición a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos Internacionales, ratificados en España y especialmente, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951 y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, no concediéndose a quienes se encuentren comprendidos en alguno de los supuestos previstos en los arts. 1.F y 33.2 de la referida Convención de Ginebra.

d) El carácter graciable de la protección otorgada en el ejercicio del poder soberano del Estado, presupone una nota de máxima discrecionalidad en la concesión o denegación, revisable en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, como han reconocido las precedentes sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 1991 y 30 de marzo de 1993.

e) Incumbe a esta jurisdicción confrontar si la decisión adoptada se ha producido con racionalidad y objetividad, en concordancia y con la finalidad perseguida por la norma, toda vez que debe tenerse en cuenta que la decisión discrecional puede estar presidida por criterios extrajurídicos de oportunidad, conveniencia o de seguridad nacional, pero ha de ser el resultado, en todo caso, de una decisión administrativa que ha de estar justificada en datos objetivos sobre los que se opera, de forma que solo debe ser anulada cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o la discordancia de la solución elegida con la realidad fáctica a la que se aplica, apartándose manifiestamente del fundamento teleológico de la norma aplicable.

CUARTO.—La Posición Común de la Unión Europea el 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo Europeo sobre la base del art. K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, conforme al artículo primero de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Diario Oficial de la Comunidad Europea núm. L63-2 de 13 de marzo de 1996), aprobado en Bruselas, pone de manifiesto que la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas.

Conforme a la Sección A del artículo primero de la Convención de Ginebra, establece el apartado cuarto de la referida posición común de 4 de marzo de 1996, puesto que la persecución tal como se utiliza en la Convención de Ginebra, implica que sea lo suficientemente grave por su naturaleza o repetición que implique un atentado grave a los derechos humanos, estando originada por uno de los motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social determinado u opinión política, por lo que se concluye, en este punto, poniendo de manifiesto la ausencia de vulneración de los preceptos de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado invocado por la parte recurrente.

En idéntico sentido:

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1120/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª) de 3 de marzo de 2010. Ponente: María del Carmen Ramos Valverde.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230052010100184.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1321/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª) de 17 de marzo de 2010. Ponente: Fernando Francisco Benito Moreno.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230052010100242.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 2378/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª) de 26 de mayo de 2010. Ponente: Fernando Francisco Benito Moreno.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230052010100411.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 2904/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª) de 16 de junio de 2010. Ponente: Fernando Francisco Benito Moreno.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230052010100484.

Sobre la misma materia:

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 2619/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 8.ª) de 31 de mayo de 2010. Ponente: Ana Isabel Gómez García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230082010100331.

TERCERO.—[...] El asilo se configura así como un instrumento legal de protección para la defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos por las causas que enumera. En este sentido, la jurisprudencia (SSTS de 4 de marzo, 10 de abril, 18 y 19 de julio de 1989 y 13 de noviembre de 2000, entre otras) ha determinado en qué forma y condiciones ha de actuar la Administración para que su conducta quede ajustada al ordenamiento jurídico, precisando que:

a) El otorgamiento de la condición de refugiado a que se refiere el art. 3 de la Ley 5/1984 no es una decisión arbitraria ni graciable.

b) Para determinar si la persona ha de tener la condición de refugiado no basta ser emigrante, ha de existir persecución.

c) El examen y apreciación de las circunstancias que determinan la protección no ha de efectuarse con criterios restrictivos, so pena de convertir la prueba de las mismas

en difícil, si no imposible, por lo que ha de bastar la convicción racional de la realidad de tales circunstancias para que se obtenga la declaración pretendida, lo que recoge la propia Ley en su art. 8 bajo la expresión «indicios suficientes».

d) Tampoco puede bastar para obtener la condición de refugiado las meras alegaciones de haber sufrido persecución por los motivos antes indicados, carentes de toda verosimilitud o no avaladas siquiera por mínimos indicios de ser ajustadas a la realidad.

[...] e) Debe existir, además de persecución, un temor fundado y racional por parte del interesado para quedar acogido a la situación de refugiado.

En este sentido, cabe destacar que en la reciente STS Sala 3.^a, de 16 de febrero de 2009, se señala: «[...] Debemos recordar también, como justificación de nuestra decisión, que, en la Sentencia de esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de fecha 2 de enero de 2009 (recurso de casación 4251/2005), hemos declarado que la Directiva europea 83/2004, de 29 de abril, sobre 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, en su art. 4.5 dispone que «Si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones: a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición; b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes; c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso; d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así; e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante».

Es cierto que esta Directiva, aun no transpuesta a nuestro Derecho interno a pesar de haber transcurrido el plazo para ello (10 de octubre de 2006), no estaba vigente cuando los recurrentes solicitaron asilo ante las autoridades españolas ni cuando se inició el proceso en la instancia sino que lo fue cuando se sustanciaba éste, de manera que, al pronunciar el Tribunal a quo la sentencia recurrida, debió decidir de acuerdo con lo establecido en ella, dado que, entre otras, su finalidad es evaluar las solicitudes de asilo, por lo que la Sala de instancia debió atenerse a sus preceptos, aun cuando no hubiese finalizado el plazo para su adaptación al Derecho interno.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04), afirma que, «durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales se hallan sometidos a la obligación de abstenerse de adoptar decisiones que puedan comprometer gravemente el resultado previsto en ella...».

En idéntico sentido:

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 2765/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 8.^a) de 14 de junio de 2010. Ponente: Ana Isabel Gómez García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230082010100358.

Nota: el elemento más llamativo de este conjunto de sentencias no se encuentra en la valoración final de las pruebas de sufrir persecución, en esa búsqueda de los in-

dicios suficientes que permitan conceder el asilo. Se encuentra en los planteamientos, criterios e invocaciones normativas útiles para esa labor inductiva que, en un sentido divergente, a priori declaran los distintos ponentes, pese a lo cual la conclusión denegatoria es común a todos los casos. Para un bloque de sentencias (del cual extractamos párrafos de la SAN 748/2010) el proceso por el que es posible proteger mediante el derecho de asilo a quien se reconozca la condición de refugiado tiene el carácter de graciable y presupone una nota de máxima discrecionalidad que puede llevar consigo la utilización de criterios extrajurídicos de oportunidad, conveniencia o de seguridad nacional. Al servicio y de forma consecuente con este planteamiento inicial se expone una idea poco detallada de «indicios suficientes», con un apoyo general en la conocida normativa internacional y en una superada ya posición común de la Unión Europea de 1996. Por el contrario, las SSAN 2619/2010 y 2765/2010 explícitamente señalan que ese mismo proceso del que hablábamos no es ni arbitrario ni graciable, quedando la actuación administrativa plenamente sujeta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. También demostrando una actitud coherente con su punto de partida, se analizan los máximos perfiles posibles de ese esquivo concepto de «indicios suficientes», con el ánimo de alcanzar mayores garantías tanto para el solicitante de asilo como para la administración. En esta búsqueda, la ponente llega a invocar la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril, que, entre otras cosas, en su art. 4.5 ofrece unas orientaciones claras y precisas sobre qué debe entenderse por indicios suficientes. A buen seguro, era consciente de su reciente incorporación al Derecho español por obra de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre), pero no era ajena al retraso en su transposición y a su entrada en vigor cuando se sustanciaba la solicitud de asilo, de manera que le atribuye efecto directo al caso, apoyándose incluso en jurisprudencia comunitaria. Al margen de las simpatías que, a mi juicio, despierta esta última construcción, cabe desear a los órganos jurisdiccionales una mayor unidad de criterio al acercarse a una cuestión tan delicada como difícil de valorar.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ

6.2. Denegación del derecho de asilo por concurrencia de razones fundadas de constituir un peligro para la seguridad nacional

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 7725/2009 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.^a) de 18 de diciembre de 2009. Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052009100689.

PRIMERO.—La sentencia impugnada en casación desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente —D. Mario—, nacional de Túnez, contra la denegación presunta de su solicitud de asilo, primero, y contra la resolución expresa del Ministro del Interior, de 24 de junio de 2003, después, que le deniega «el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo».

Esta denegación administrativa del derecho de asilo se fundamenta en la aplicación del art. 33.2 de la Convención de Ginebra de 1951, por considerar que el recurrente constituye un «peligro para la seguridad del Estado español», según revela un informe del Centro Nacional de Inteligencia. [...]

SÉPTIMO.—[...] Recordemos que la causa por la que se deniega el derecho de asilo es la prevista en el art. 33.2, inciso primero, de la Convención, en relación con el art. 3.2

de la Ley de Asilo, que concurre cuando se considera «por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra», de modo que no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción. Se trata de determinar si concurren «razones fundadas» de constituir un peligro para la seguridad nacional. [...]

La peligrosidad se vincula, en la causa de revocación aplicada ex art. 33.2 de la Convención de Ginebra, con la seguridad del país donde se encuentre el refugiado, de modo que no se trata de la concurrencia de un riesgo potencial y abstracto, sino de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo al que se revoca esa concesión inicial.

La salvaguarda de la seguridad nacional constituye una exigencia elemental de cualquier Estado democrático, y puede constituir una restricción necesaria al ejercicio de determinados derechos fundamentales, como declara la STC 236/2007, de 7 de noviembre, con cita del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966 y del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, si bien a propósito de un derecho fundamental, y no del derecho de asilo.

Siendo esto así, la seguridad puede verse efectivamente comprometida, y en riesgo, por las acciones de personas, ya sea en el trance de solicitar el derecho de asilo, como en el de su revocación, valoradas en atención a su trayectoria vital, la secuencia de las actividades dentro y fuera de nuestras fronteras, como las expuestas en el fundamento anterior, que revelen una peligrosidad incompatible con la confianza y certeza que ha de proporcionar un Estado democrático a sus ciudadanos.

En este sentido, la STC 24/2000, de 31 de enero, con cita de sus precedentes SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 242/1994, de 20 de julio, ha precisado que «las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España, y que se fundan en los arts. 13, 19 y 24 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus arts. 12 y 13. [...]

No obsta a cuánto hemos expuesto sobre las razones fundadas de constituir un peligro para la seguridad, el carácter terrorista, o no, de la organización «An Nahda». Así es, no resulta decisivo, a estos efectos, partir de una u otra catalogación, pues lo relevante ahora es valorar el peligro que el titular del derecho de asilo pueda suponer para la seguridad nacional, ya sea por sus actividades individuales, ya sea por las desarrolladas en el seno de una u otra organización y puestas de relieve en informes, u otros medios que puedan ser considerados como «razones fundadas», en los términos antes señalados».

La interpretación de las «razones fundadas» establecidas en la Convención de Ginebra, en relación con la Ley de Asilo, no ha resultado infringida por la sentencia recurrida, pues el contenido de los informes —nota informativa confidencial e informe del Centro Nacional de Inteligencia en relación con el informe de la instrucción— revelan que no puede dispensarse el derecho de asilo, y la protección que comporta, cuando se realizan actividades incompatibles con esta institución de auxilio internacional. En este sentido, consta, entre otras circunstancias, que el recurrente al solicitar asilo proporciona como domicilio en Valencia el del dirigente oficial de «An Nahda» en España. Que ha trabajado para Aurelio, detenido en España a raíz de los atentados del 11-S por su vinculación con el entramado financiero de «Al Qaida». Y que ha vivido en Castellón con otros miembros de la organización «An Nahda».

De modo que concurren, en los términos que valora la sentencia, razones convincentes, fundadas en un relato fáctico coherente, que revelan la peligrosidad concreta del recurrente en caso de permanecer en España, por constituir un riesgo real para la segu-

ridad nacional. Esta circunstancia resulta irreconciliable con la confianza y certeza que ha de presidir las relaciones de un Estado democrático con sus ciudadanos.

En el mismo sentido:

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 8507/2009 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª) de 30 de diciembre de 2009. Ponente: Rafael Fernández Valverde.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052009100724.

Nota: no es la primera vez que los tribunales españoles se pronuncian, como es el caso de las dos sentencias objeto de este comentario, acerca de la denegación del derecho de asilo a ciudadanos de nacionalidad tunecina pertenecientes a la organización radical islámica «An Nahda», cuyo brazo armado, el «Grupo Combatiente Islámico Tunecino», está integrado en las estructuras terroristas de la «Yihad Internacional/Al Qaida», según informes del Centro Nacional de Inteligencia (véase la SAN 6671/2005, de 27 de abril). Incluso se ha llegado a ordenar la revocación del asilo ya concedido a un ciudadano tunecino por descubrir a posteriori su vinculación con esta organización (véase la STS 5647/2008, de 2 de octubre). Por lo demás, es de agradecer la detallada exposición del elemento clave para determinar la denegación del derecho de asilo en estos casos, esto es, acreditar la existencia de razones fundadas de la pertenencia del solicitante a una organización que constituye un peligro para la seguridad nacional. En particular, destaca la utilización del art. 10.2 de la Constitución al interpretar los derechos que constitucionalmente amparan a los extranjeros en España a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 12 y 13), de manera que la salvaguarda de la seguridad nacional justifique la denegación del asilo.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ

6.3. Determinación del Estado miembro de la Unión Europea responsable para el examen de la solicitud de asilo

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6372/2009 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª) de 23 de octubre de 2009. Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052009100555.

PRIMERO.—La sentencia que se recurre en casación desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el ahora recurrente D. Carlos Alberto, contra la Resolución del Ministro del Interior, de 2 de febrero de 1998, que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España al recurrente, nacional de Armenia, y a las personas a las que hizo extensiva su solicitud de asilo.

La Sala de instancia consideró, según se expresa en el fundamento de derecho quinto de la sentencia que se recurre, que «Con fecha 7 de abril de 1988 Italia ha aceptado hacerse cargo del examen de la solicitud de asilo, según copia de la comunicación del Ministerio del Interior italiano que obra en el expediente. [...] Igualmente ha quedado acreditado que el actor salió de su país con destino Italia con visado Schengen por el consulado de ese país en Moscú. [...] De todo ello, se deduce que el examen del asilo no corresponde a España sino a Italia, país en que el recurrente junto con los demás miembros de su familia pueden encontrar plena protección, siendo infundado el temor de sufrir en ese país

algún tipo de persecución ordenada por las autoridades armenias, porque Italia puede ofrecer garantías en defensa de su seguridad personal muy similares a las que podría obtener en España, y consecuentemente es totalmente acertada la resolución impugnada que inadmitió a trámite la solicitud de asilo, al concurrir la circunstancia contemplada en la letra e) del art. 5.6 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de no corresponder a España el examen del asilo solicitado por el recurrente».

TERCERO.—[...] El Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, y ratificado por España el 15 de junio de 1990, efectivamente dispone en el art. 3.4 que «cada Estado miembro tendrá derecho a examinar una solicitud de asilo que le sea presentada por un extranjero, aun cuando dicho examen no le incumba en virtud de los criterios definidos por el presente Convenio, siempre que el solicitante de asilo dé su consentimiento para ello». Ahora bien, esta norma reconoce una facultad a un Estado, para alterar el orden de los criterios previstos en los arts. 4 a 8, a que se remite con carácter general el art. 3.2 del citado Convenio, que el Estado español no ha hecho uso, porque además del consentimiento del solicitante precisa del concurso del Estado para examinar la solicitud al margen de los criterios convencionalmente establecidos. Téngase en cuenta que ya el 7 de abril de 1988 el Estado italiano había aceptado su responsabilidad para el examen de la solicitud, y lo hizo a instancia del propio Estado español, lo que revela que no concurren los presupuestos previstos por la norma invocada, art. 3.4, ni en la auxiliar representada por el art. 5.2, del mismo Convenio.

Sobre la misma materia:

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 668/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª) de 17 de febrero de 2010. Ponente: Ana María Sangüesa Cabezudo.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230042010100087.

CUARTO.—*El demandante alegaba que no existían elementos en el expediente para justificar que la competencia para el examen de la petición de asilo correspondía a Italia, puesto que el interesado no había pedido asilo en Italia. La resolución, decía, carecía de motivación.*

El acuerdo en cuestión inadmitía a trámite la petición de asilo del demandante, al concurrir la circunstancia señalada en la letra e) del art. 5.6 de la Ley 5/1984, «por cuanto el examen de la solicitud formulada corresponde a Italia, de conformidad con los criterios establecidos en el Reglamento (CE)343/2003, de 18 de febrero, por el que se determinan los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, habiendo aceptado Italia la solicitud con fecha 10 de enero de 2009».

Con carácter previo, hemos de recordar cuales son los precedentes y la finalidad del Reglamento (CE) 343/2003, de 18 de febrero Mediante Resolución de 6 abril 1995, así como los instrumentos de que se ha dotado la UE al objeto de lograr la identificación de los peticionarios de asilo, y propiciar una mejor y más eficaz aplicación del referido Reglamento.

[...] En el supuesto que es objeto de examen el apelante presentó solicitud de asilo en España el día 28 de octubre de 2008, resultando de la búsqueda de EURODAC que la per-

sona identificada había sido aprehendida en Lampedusa el 7 de septiembre de 2008 (folio 3.10), razón por la que la Oficina de Asilo y Refugio remitió formulario de solicitud a las autoridades italianas, expresando que de acuerdo con el Reglamento (CE) 343/2003, Italia era responsable del examen de la petición de asilo, puesto que el interesado había cruzado de forma irregular la frontera en dicho país el 7 de septiembre de 2008 (folio 3.9). Italia aceptó el requerimiento haciéndose cargo del examen de la petición de asilo conforme al art. 10.1 del referido Reglamento.

Nota: sólo unas palabras para mostrar dos asuntos que ilustran el régimen transitorio en el que todavía nos encontramos relativo a la determinación del Estado miembro de la Unión Europea responsable de examinar la solicitud de asilo presentada por un nacional de un tercer Estado. Efectivamente, el Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero (DOUE L 50, de 25 de febrero de 2003), sustituye, según explica en su art. 24, al Convenio de Dublín de 1990 (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 1997) en esta tarea tan sensible para los propios Estados miembros como para los solicitantes de asilo. La solicitud de asilo y la asunción de responsabilidad objeto de la STS 6372/2009 son anteriores a la entrada en vigor del Reglamento, de manera que, en virtud del art. 29 de este último, la determinación del Estado miembro responsable se efectuará de acuerdo a lo establecido en el Convenio de Dublín. No puede decirse que en el marco de este asunto, el cambio de régimen jurídico venga a afectar al resultado, pues sigue operando la atribución de dicha responsabilidad al Estado miembro que hubiera expedido un visado al solicitante de asilo y, en general, al que acepte hacerse cargo de la solicitud. A los hechos objeto de la SAN 668/2010 ya resulta de plena aplicación el Reglamento, el cual resuelve de igual modo que el Convenio de Dublín la atribución de la solicitud de asilo al Estado miembro al que el nacional de un tercer Estado entra de forma irregular.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ

7. DERECHOS HUMANOS

7.1. Crímenes contra la Humanidad

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 3 de febrero de 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012010200876.

En el mismo sentido:

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 7 de abril de 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012010200712.

CUARTO.—Las Resoluciones dictadas por el querrellado son objetivamente contrarias a Derecho.

[...]

D) La decisión de 16 de octubre de 2008, por la que se asume la competencia, aunque no sólo ni fundamentalmente por eso, es contraria a Derecho.

[...]

a) *La consideración del contexto como delito de lesa humanidad no autoriza a reavivar una responsabilidad penal ya extinguida por prescripción y por amnistía. Comienza por aludir el Auto de 16 de octubre de 2008 dictado por el Magistrado querellado a la «caracterización de la conducta como delito cometido en el marco de un crimen de lesa humanidad», y a tal circunstancia le atribuye trascendencia decisiva para eludir la más que evidente prescripción en el delito de detención ilegal, virtualidad que éste contagiaría al delito conexo contra Altos Organismos y forma de gobierno, y para imponer al Estado un deber de perseguir que conjura cualquier pretensión de amnistía.*

Finalmente, estima que la prohibición de retroactividad de la ley penal estaría en «conflicto con las normas consuetudinarias de Derecho penal humanitario» (inicio del fundamento jurídico séptimo del Auto citado). Y, advertido por el informe del Ministerio Fiscal, pretende ampararse en la doctrina de este Tribunal Supremo fijada en la Sentencia de 1 de octubre de 2007 (Caso Scilingo). Sin embargo, en dicha sentencia se revoca una anterior de la Audiencia Nacional precisamente en la medida en que condenó al recurrente como autor de un delito de lesa humanidad, por considerar que con ello se había vulnerado el principio de legalidad penal, ya que aquel delito no estuvo tipificado en España con vigencia anterior a octubre de 2004. En dicha Sentencia se advirtió muy expresamente que la aplicación del Derecho Internacional Penal no puede llevarse a efecto directamente, sino que es «necesaria una previa transposición operada según el Derecho interno». Y que, aunque el art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos admita que «una condena basada en los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio», tal norma internacional «no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de las propias normas penales». En aquella Sentencia del Tribunal Supremo se dijo expresamente que «el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles». Por ello la mayoría del Tribunal Supremo circunscribió entonces los efectos de las circunstancias contextuales de los delitos comunes por los que condenó, acotándolos al estricto ámbito de la justificación de la perseguibilidad universal de éstos

Pero ello no afectó en absoluto al estatuto jurídico de los hechos juzgados. Se sancionaron sin que discutiera ni su tipicidad como tales delitos comunes ni la posible extinción por prescripción de la responsabilidad derivada de ellos como delitos comunes.

El Ilmo. Magistrado querellado parece querer derivar de tal contexto tanto «la perseguibilidad universal» de los hechos denunciados (fundamento jurídico octavo del Auto citado) como, con invocación de la doctrina del TEDH, la obligación para el Estado de investigaciones efectivas (fundamento jurídico décimo). Sin embargo, si de ello se quiere extraer la conclusión de que aquel contexto autoriza a prescindir de la prescripción de la responsabilidad penal por los delitos erigidos en objeto del proceso, o de la extinción por virtud de la amnistía establecida en la Ley 46/1977 de 15 de octubre, tal interpretación no solamente se hace al margen de lo que dijimos en la Sentencia de 1 de octubre de 2007, sino de cualquier interpretación razonable de las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco el Derecho internacional ha establecido de manera unívoca la imprescriptibilidad de tales delitos. No lo hacía en el tiempo de los hechos, ni lo hace en la actualidad. La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada el 20 de diciembre del 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no prohíbe la posible prescripción sino que prevé expresamente su admisión en el Derecho interno de los Estados (art. 8). El propio Ilmo. Magistrado querellado vincula esa inexistencia de prescripción a la supuesta permanencia de la situación de detención de las víctimas.

b) [...] La transmutación del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero en el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad, no solo es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual, sino irrelevante a estos efectos de toma en consideración de la prescripción. Es jurídicamente inviable porque, prescindiendo de la concurrencia o no de los elementos típicos del art. 607 bis.2.6.º del Código Penal de 1995 en su redacción hoy vigente, como dijimos en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, que el querellado cita, en modo alguno puede darse vigencia retroactiva a este tipo penal. La asimilación tampoco podría conducir a una eventual imprescriptibilidad que, para delitos de esa naturaleza, se introdujo muy posteriormente en nuestro Código Penal, al dar nueva redacción al art. 131 del mismo la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, con efectos desde 1 de octubre de 2004. Y es que las normas sobre prescripción solamente son retroactivas a favor de reo. Y cuando esa modificación entra en vigor, la prescripción por los hechos denunciados ya se habría consumado (Consulta 6/1955, de 23 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo). La equiparación de la detención ilegal sin dar razón del paradero con el actual delito del art. 607 bis. 2.6.º —desaparición forzada de personas—, busca, tergiversando las tipificaciones legales, una expansión de la «situación ilícita». Si el bien jurídico protegido ya no es solamente la libertad del desaparecido, sino el conocimiento de su paradero por los familiares y próximos, podría decirse que, si permanece la ocultación del paradero o de la eventual liberación a los allegados, la «situación ilícita» subsistiría, aunque el desaparecido fuese libre. Así lo ratificaría el art. 24 de aquella Convención internacional al definir en el art. 24 que 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por «víctima» la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. 2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto [...].

c) Es manifiestamente contrario a Derecho no excluir la relevancia penal de los hechos denunciados por la Amnistía establecida en la Ley 46/1977, de 15 de octubre. En el fundamento jurídico decimoprimer de la resolución de 16 de octubre de 2008 que examinamos se afirma por el querellado que la responsabilidad penal por los hechos denunciados no puede considerarse amnistiada. Los argumentos esgrimidos son, de nuevo, jurídicamente inaceptables. 1.º.- Para el Ilmo. Magistrado querellado la Ley de Amnistía 46/1977 circumscribe su ámbito a delitos que etiqueta como de «naturaleza política», pero excluye esa calidad respecto de los delitos que erige en objeto del procedimiento, en cuanto los califica como delitos de «lesa humanidad» (fundamento jurídico décimo primero de la resolución de 16 de octubre de 2008). Pero el criterio del legislador de 1977 no era un concepto académico. Lo que la Ley de Amnistía exigió para incluirlos en su ámbito es que los delitos se digan cometidos con finalidad política. Desde luego basta leer cualquiera de las denuncias, y la misma concreción del objeto del proceso que se efectúa en el Auto analizado, para que resalte con absoluta objetividad que los hechos que se toman en consideración son precisamente los cometidos como consecuencia de un plan de exterminio del adversario político. De hecho, la efectiva aplicación de dicha Ley no se ha excluido en casos de delitos a los que unánimemente no se les reconoce el carácter de delitos de «naturaleza política». Como los de terrorismo que sí se estimaron cometidos con «fines políticos». 2.º.- Quizás por ello la argumentación del Ilmo. Magistrado querellado busca la exclusión de los efectos de dicha Ley tildándola paladinamente de nula de pleno derecho (párrafo diez, in fine, del mismo fundamento jurídico décimo primero de la citada resolución). Pero sugerir que equivale a un indulto general (título del fundamento jurídico décimo primero del Auto de 16 de octubre de 2008) constituye una ignorancia inexcusable sobre el alcance de ambos conceptos, tan jurídicamente grosera que no merece mayor

aclaración. La amnistía no tiene que vincularse necesariamente a la idea de perdón y menos aún al derecho de Gracia, cuya iniciativa viene atribuida al Poder Ejecutivo. Con tal tesis el querellado se erige, de hecho, en árbitro ético de la decisión política tomada por las fuerzas políticas democráticas en 1977, so pretexto de baremos axiológicos extraídos de instrumentos de Derecho internacional. Instrumentos que, por lo demás, son incorrectamente citados: así ocurre cuando afirma (pág. 26 del Auto de 16 de octubre de 2008) que la Convención de la ONU sobre desaparición forzada de personas prohíbe la amnistía en su art. 18, pues el citado precepto no establece tal prohibición. Es significativo, y seguramente exigía una mayor cautela en ese enjuiciamiento moral, recordar que la Ley 46/1977 no solamente fue aprobada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución democrática, sino que obtuvo el respaldo de prácticamente todas las fuerzas democráticas presentes en el Parlamento en ese momento. La iniciativa legislativa la adoptaron los grupos parlamentarios de UCD, Socialista, Comunista, Minoría Vasco-Catalana, mixto y Socialista de Cataluña. Solamente votó en contra el grupo Alianza Popular y otros dos diputados. Y, desde luego, solamente desde una ignorancia jurídicamente inexcusable cabe equiparar la amnistía allí decidida con cualquiera de los supuestos de amnistía unilaterales o autoamnistías a las que suelen referirse aquellos instrumentos internacionales y las decisiones de órganos de esa naturaleza, en especial los de corte político, tan profusa como poco atinadamente citados por el querellado en su resolución. En el ámbito del Derecho internacional tampoco se excluye, al menos en el tiempo de los hechos, acudir a la amnistía. Así el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) de 8 de junio de 1977. Su art. 6 se proclama aplicable al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado. Que es exactamente el caso de los hechos objeto del proceso incoado por el querellado. En el mismo además de proclamar la subsistencia de principios del proceso penal democrático, concluye en su apartado 5: A la cesación de las hostilidades, las Autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. Y tampoco cabe admitir una sobrevenida deslegitimación de la ley de amnistía por supuesta aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el marco de la ONU o de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esos instrumentos han sido incorporados al ordenamiento jurídico español (art. 96 de la Constitución) con posterioridad a los hechos a que se refiere la ley de amnistía y que son objeto del proceso incoado por el querellado, aunque el Pacto sea previo a la Ley de Amnistía. El Pacto ha sido ratificado por España en 1977, la Convención Europea en 1979. En consecuencia, cualquiera que sea la opinión política que se mantenga sobre aquella decisión legislativa, mal puede proclamarse la nulidad jurídica de dicha Ley de Amnistía en el momento de ser dictada. Respecto a la pretendida retroacción de aquellas normas internacionales a hechos anteriores a su vigencia en el Estado signatario, bastaría recordar que se opone frontalmente a la irretroactividad de la ley penal desfavorable, carácter que, desde la perspectiva de la responsabilidad de los Autores de los hechos, tendría la norma que dejase sin efecto la Ley que declaró la extinción de aquella responsabilidad. Pero, además, como el propio querellado reconoce en su resolución de noviembre de 2008 (razonamiento jurídico 14), la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N. T.S. 331, entered into force January 27, 1980) (Viena, 23 de mayo de 1969) establece en su art. 28 la irretroactividad de los Tratados diciendo «Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención dife-

rente se desprenda del tratado o conste de otro modo». Proclamar que el Pacto Internacional de 1966 constituiría precisamente una de esas excepciones a la irretroactividad se opone a lo que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, vigilante institucional de su eficaz aplicación, se ha cuidado de establecer. En efecto el Comité de Derechos Humanos declaró la irretroactividad del Pacto precisamente en relación al supuesto de hechos, anteriores a la suscripción del mismo, que dieron lugar a la desaparición de personas aunque éstas permanecían desaparecidas: Comunicación núm. 275/1988, referida a Argentina. Y también cabe recordar la decisión de ese Comité de Derechos Humanos con arreglo al protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos durante el 38.º periodo de sesiones relativa a las comunicaciones núms. 343, 344 y 345/1988 referidas a Argentina con ocasión de denuncias de ciudadanos de ese país sobre la exigencia de persecución penal obstaculizada por la ley argentina 23.521, en la que, entre otros particulares, incluyó los siguientes: «5.2... Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede ratione ri examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado parte. 5.5 En la medida en que los Autores afirman que la promulgación de la Ley núm. 23.521 menoscabó su derecho a que ciertos funcionarios del Gobierno fueran procesados, el Comité remite a su jurisprudencia anterior en virtud de la cual el Pacto no establece el derecho a que una persona haga que el Estado enjuicie penalmente a otra persona (H.C.M.A. contra los Países Bajos comunicación núm. 213/1986, párr. 11.6, declarada inadmisibles el 30 de marzo de 1989). En consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisibles ratione materiae por ser incompatible con las disposiciones del Pacto». Las manifestaciones del Comité de la ONU en modo alguno consideran a España como infractora del Pacto, declaración que se cuida muy mucho de efectuar. Tampoco la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada el 20 de diciembre del 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece tal veto de eventuales amnistías respecto de dichos delitos. El Ministerio Fiscal ya había advertido en su informe de 1 de febrero de 2008 que la responsabilidad penal a que se referían las denuncias había quedado extinguida por efecto de la Ley de Amnistía citada.

Nota: el extracto recogido en las líneas anteriores corresponde al Auto del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2010 elaborado por el magistrado instructor Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro en el asunto iniciado a raíz de una querrela interpuesta por el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias contra el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón, magistrado juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, a la que se sumaron después otras querrelas interpuestas por la asociación civil Libertad e Identidad y por Falange Española. En el Auto que ahora se comenta se deniega el sobreseimiento de la causa por prevaricación abierta contra el querrellado. La querrela trae su causa en una supuesta actuación antijurídica del juez Garzón al haber abierto un proceso, entre los años 2006 a 2008, fruto de las denuncias interpuestas por diversas agrupaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura española, centrado en el delito de desaparición forzada de personas.

Sin entrar de lleno en la cuestión relativa a la comisión o no de un delito de prevaricación por el juez Garzón, el presente comentario pretende exclusivamente valorar la interpretación realizada por el magistrado instructor Varela con relación a la argumentación jurídico-internacional alegada por el querrellado. En este sentido, conviene comenzar recordando que ya el Ministerio Fiscal sostuvo en su Informe de 1 de febrero de 2008, en el marco del proceso abierto por Garzón, que la Audiencia Nacional carecía de competencia, que la tipificación de los delitos de lesa humanidad no es susceptible de aplicación retroactiva y que la Ley de Amnistía era aplicable en toda su amplitud.

En síntesis, los razonamientos del magistrado instructor Varela giran en torno a la irretroactividad de las normas penales, la prescripción de los delitos y la extinción de la responsabilidad penal por Amnistía, lo que le permite calificar la conducta del juez Garzón como antijurídica a sabiendas.

A este respecto cabe señalar, en primer lugar, que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles según el Derecho internacional. Así lo estipula el art. 29 del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional (aunque la propia Corte no tenga competencia para conocer de hechos anteriores) y así lo ha determinado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Fourth Section Decision as to the Admissibility of, App. núm. 23052/04, *Kolk*, App. núm. 24018/04, *Kislyiy*, de 17 de enero de 2006, fundamentos de derecho, párr. 6) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 153). Y, en este orden de ideas, la desaparición forzada de personas ha sido calificada como crimen internacional, entre otros, por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (*Prosecutor c. Zoran Kupreskic et al.*, Sentencia de 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, párr. 566) y la Asamblea General de la ONU (*Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, Res. 47/133, de 18 de diciembre de 1992). Puede plantearse una cierta polémica doctrinal acerca de en qué momento preciso puede considerarse que se tipifican los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad. No obstante, desde la creación del Estatuto de los Tribunales de Nuremberg y Tokio en 1945 y 1946 y los Convenios de Ginebra de 1949 (cuyo art. 3 común actualiza la Cláusula Martens), puede decirse que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad aparecen claramente configurados/tipificados en el Derecho internacional convencional y consuetudinario, calificados además como crímenes imprescriptibles por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 (véase VILLÁN DURÁN, C., y FALEH PÉREZ, C., «Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura», *REEI*, núm. 16, 2008, p. 33).

En concreto, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006 (basada en la Res. de 1992, antes mencionada, Convención ratificada por España el 24 de septiembre de 2009 y que ha entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010), citada por el magistrado instructor, señala que la prescripción sólo puede contar a partir de que cesa la desaparición forzada, teniendo en cuenta su carácter continuo [art. 8.1.b)]. Además, como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otros, *Kurt c. Turkey*, App. núm. 24276/94, Sentencia de 25 de mayo de 1998) la desaparición forzada de personas constituye un crimen continuo o permanente que se prolonga hasta tanto no se conozca el destino de la víctima, lo que concuerda con lo establecido en el art. 14.2 del Proyecto de Artículos de la CDI de 2001 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Con relación a la irretroactividad de la ley penal desfavorable, que constituye un principio general del Derecho, recogido en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se encuentra matizado por lo previsto en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y que obliga al enjuiciamiento y condena de personas por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales reconocidos por la comunidad

internacional. Es decir, que las normas imperativas del Derecho internacional general que sancionan los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son aplicables en todo tiempo, cualquiera que fuera la previsión aplicable en Derecho interno.

El argumento avanzado por el magistrado instructor con relación a que los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos se hayan incorporado al ordenamiento español con posterioridad a los hechos a los que se refiere la Ley de Amnistía, o el argumento de que el mencionado Pacto sea previo a la Ley de Amnistía, pretende hacer valer la irretroactividad de la ley penal desfavorable. De hecho, se citan algunas comunicaciones del Comité de Derechos Humanos de hace veinte años, en donde este Comité excluye su competencia para conocer de comunicaciones individuales relativas a hechos acaecidos antes de la entrada en vigor para un Estado del Protocolo Facultativo Primero. Pero esta exclusión de la competencia del Comité no permite concluir que una ley de amnistía sea compatible con el Derecho internacional, tal y como han subrayado el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

A este respecto, la Comisión Internacional de Juristas ha señalado que «bajo el Derecho internacional, las leyes que tipifican los crímenes contra la humanidad pueden aplicarse retroactivamente (en virtud de los arts. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y que ninguna ley de amnistía particularmente la Ley de Amnistía de España de 1977, puede impedir la investigación y persecución judicial. Asimismo, la Comisión Internacional de Juristas subraya que dichos delitos son imprescriptibles» (comunicado de prensa de 9 de septiembre de 2009).

En cuanto a la cuestión relativa a si la Ley de Amnistía de 1977 puede provocar la extinción de la responsabilidad penal, la respuesta no puede ser sino negativa. Resulta contraria al Derecho internacional toda ley de amnistía, la española o cualquier otra, que persiga hacer extinguir la responsabilidad surgida por la comisión de crímenes internacionales, con independencia del contexto en el que se adopta dicha ley de amnistía. Lo contrario vendría a admitir excepciones a la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno e, incluso, supondría la negación misma de la existencia del Derecho internacional (véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., y VICENTE MÁRQUEZ, L., «La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación», en *REEI*, núm. 19, 2010, p. 15), con espurio fundamento en la mayor calidad democrática de ciertos países o sistemas jurídicos nacionales. La referencia al art. 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 que hace el magistrado instructor constituye una interpretación desacertada del mismo, puesto que dicha disposición no persigue convertir en no punibles las acciones que los mismos Convenios de Ginebra califican como infracciones graves. Como ha confirmado el Comité Internacional de la Cruz Roja en su estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario de 2005, las amnistías son «incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales» (comentario a la norma 159).

Por todo ello, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura han advertido que España debería considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977, que no puede amparar la comisión de crímenes prohibidos por normas de *ius cogens* como la que proscribía los actos de tortura, que incluyen las desapariciones forzadas (CCPR/C/ESP/CO/5, 19 de diciembre de 2009, párr. 9; CAT/C/ESP/CO/5, de 19 de diciembre de 2009, párr. 21). Aún más, no puede excluirse la persecución de esos crímenes por terceros Estados, en la medida en que una ley de amnistía no puede cancelar

la eventual responsabilidad penal individual que deba saldarse ante la Comunidad Internacional (MAURO, M. R., «Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali», *REDI*, 2/2010, p. 401).

Antonio SEGURA SERRANO

7.2. Tortura y otros tratos inhumanos y degradantes

Sentencias del Tribunal Supremo. (Sala de lo Militar, Sección 1.^a), de 21 de octubre de 2009 y (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 30 de septiembre de 2009. Ponentes: Francisco Menchen Herreros y Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, respectivamente.

Referencias Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079150012009100164 y 28079120012009100914, respectivamente.

CUARTO.—[...] Igualmente, el militar resulta ser titular, al igual que el resto de sus conciudadanos, del derecho reconocido en el art. 15 de la Constitución Española, a cuyo tenor «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», y en consecuencia, el alcance de dicho derecho ha de interpretarse con arreglo a lo previsto en el art. 10.2 del Texto Legal Fundamental, de acuerdo al cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificado por España».

Esta Sala tiene señalado reiteradamente (entre otras, Sentencias de 5 de diciembre de 2007 y 3 de noviembre de 2008), que para determinar el concepto del trato inhumano o degradante que se castiga en el art. 106 del Código Penal Militar, ha de tenerse en cuenta, de acuerdo con lo estipulado por el art. 10.2 de la Constitución, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), intérprete del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 ex art. 32.1 de éste, ha integrado, entre los tratos inhumanos o degradantes, en primer lugar, los que causan deliberadamente un sufrimiento físico o mental. En su Sentencia de 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido) el TEDH delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana; además de en la citada Sentencia, en las de 25 de marzo de 1978; 25 de febrero de 1982; 28 de mayo de 1985; 27 de agosto de 1992; 19 de diciembre de 1994; 28 de noviembre de 1996 y 10 de mayo de 2001 el TEDH perfila el concepto de trato degradante, en los supuestos de afectación de la dignidad, en la existencia de humillación ocasionada por la conducta que los origina y en los efectos psicológicos desfavorables para la víctima.

Por otra parte, según ha venido poniendo de manifiesto esta Sala (Sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 20 de diciembre de 1999, 2 de octubre de 2001, 20 de abril y 20 de septiembre de 2002, 5 de mayo de 2004, 5 de noviembre de 2005, 5 de diciembre de 2007 y 3 y 10 de noviembre de 2008), «el trato degradante consiste en un comportamiento de palabra u obra que rebaja, humilla y envilece al inferior, despreciando el fundamental valor de su dignidad personal», siendo «preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad o que la humillación determina-

da por el maltrato llegue a un determinado nivel, conceptos de naturaleza circunstancial empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en sus Sentencias de 18 de enero y 25 de abril de 1978».

Es decir, que para que la conducta del superior llegue a constituir trato degradante incardinable en el art. 106, el atentado a la dignidad de la persona que de lugar a la lesión de su integridad moral ha de llevarse a cabo, de forma lo suficientemente grave hasta el punto de generarle sentimientos de humillación o vejación, tal como los mismos han sido descritos en las Sentencias del TEDH. Ese mínimo de gravedad, tiene que dar origen en el sujeto pasivo a sentimientos de temor, angustia o inferioridad, de vejación o de quebrantamiento de su resistencia física o moral.

Nota: los párrafos seleccionados en la primera sentencia citada de nuestro alto Tribunal son ejemplo de una remisión bien fundamentada al Derecho internacional, a través del art. 10.2 de nuestra Constitución, para interpretar el alcance del art. 15 de la CE con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en particular, en lo que se refiere a la autonomía conceptual del trato degradante y a su delimitación respecto a la tortura y a los tratos inhumanos, en el marco de la interpretación del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por esta vía, llega el Tribunal a la conclusión de que la conducta del procesado reúne los dos requisitos inherentes a la categoría del trato degradante: de un lado, el elemento objetivo, que consiste en ese nivel mínimo de intensidad en los dolores o sufrimientos físicos o morales infringidos, y que constituye el umbral de entrada al ámbito de esta disposición; y de otro, el elemento subjetivo, caracterizador del trato degradante, que está relacionado con la específica finalidad y efecto de este tipo de tratos, que gira en torno al factor de humillación y vejación que producen en el sujeto pasivo, tanto ante otros como antes sus propios ojos, afectando al valor fundamental de su dignidad personal. Todo ello conduce al Tribunal a concluir, en un razonamiento impecable, que los hechos probados «alcanzan la gravedad objetiva y subjetiva que está en la base del tipo apreciado, con virtualidad bastante para producir, como en efecto produjeron, las consecuencias humillantes, envilecedoras y vejatorias que se relatan en la Sentencia de instancia, con capacidad de crear en la víctima sentimientos de inferioridad susceptibles de humillarla y envilecerla, y que la doctrina y la jurisprudencia sitúan en el núcleo del trato degradante [...]».

Más confusa resulta, sin embargo, la remisión al Derecho internacional que realiza el Tribunal en la segunda sentencia citada, tal como se refleja en el fundamento tercero:

«Centrándonos en el delito de tortura el Código Penal de 1995 ha incorporado en su art. 174 un delito autónomo de tortura que lo define, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales, y especialmente por el V Congreso de la ONU para la prevención del delito y tratamiento del delincuente de 1 de septiembre de 1975, y por la Convención contra la tortura y malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, expresando que comete tortura la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido... la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral (STS. 701/2001 de 23.4 [...]).».

En esta sentencia, en la que el Tribunal examina un asunto sobre torturas infringidas por dos policías, la referencia al Derecho internacional no creemos deba entenderse en el marco de una remisión por la vía del art. 10.2 de nuestro texto constitucional para interpretar el alcance de la prohibición en tratados internacionales, sino más bien, parece obedecer a un recurso que utiliza el Tribunal para reforzar la definición del delito autónomo de tortura consagrado en el art. 174 del Código Penal, y, en particular, la argumentación de que en el tipo de «tortura» no solo cabe la tradicional finalidad de «obtener una confesión o información», sino también la de castigarla a modo de represalia por una conducta anterior, tal como se plantea en el asunto sometido a examen. No obstante, en esta referencia al Derecho internacional para buscar las pautas marcadas por los tratados y convenciones internacionales en las que se ha inspirado nuestro Código Penal para abarcar la denominada tortura vindicativa o de castigo, no está muy acertado el Tribunal cuando cita entre los textos vinculantes, en una confusión conceptual bastante frecuente, el V Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente del 1 al 12 de septiembre de 1975.

Rossana GONZÁLEZ GONZÁLEZ

7.3. Derechos de la mujer

7.3.1. *Igualdad entre los sexos: art. 14 de la CE y art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 21 de octubre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079110012009100693.

QUINTO.—En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.ª Carolina, se articula el siguiente motivo de casación:

[...] El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

[...]

La supremacía del varón sobre la mujer en las sucesiones de títulos nobiliarios, basada en la STC de 3 de julio de 1997, es discriminatoria y está abocada al fracaso ya que infringe normas internacionales de aplicación en España, entre otras, las siguientes:

— El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 1950, modificado en 1994.

— El Convenio para la eliminación de todo tipo de discriminación para la mujer. Nueva York 1979. Arts. 1, 2, 15 y concordantes.

— El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, especialmente en los arts. 3 y 26.

— El Tratado de la Unión Europea de 1992 modificado en 1997 de Ámsterdam, en su art. 6.C.

Si bien el Tribunal Constitucional, en un ejercicio realmente asombroso de malabarismo jurídico, justifica la preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones de los títulos nobiliarios, al sostener que la Constitución Española, el Pacto de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y el Convenio para la eliminación de todo tipo de

discriminación para la mujer de Nueva York (1979), no son de aplicación y por lo tanto tal primacía no produce la discriminación que venimos denunciando, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la jurisprudencia de dicho Tribunal vulnera a todas luces el art. 1 de esta Convención.

Al implantar la supremacía del varón sobre la mujer, se han conculcado, no sólo las normas protectoras del principio de igualdad, sino también se ha frenado todo el proceso evolutivo que afianzaba la igualdad de condiciones entre ambos sexos; postergar a la mujer en cualquier faceta de la vida, por el mero hecho de serlo, resulta una conducta aberrante y completamente obsoleta al no identificarse con las costumbres sociales actuales, y cita al respecto la STS de 18 de abril de 1994.

La Organización de las Naciones Unidas, desde su fundación, ha tomado conciencia del grave problema que representa la discriminación de la mujer, como se deduce del propio preámbulo de la Convención de 1979, por ello, para conseguir esa deseable y anhelable igualdad de derechos entre mujeres y hombres, se interpreta muy ampliamente el art. 1 de la Convención contra la discriminación de la mujer (Nueva York 1979), y para garantizar que los Estados firmantes cumplan escrupulosamente este Tratado Internacional, el 10 de diciembre de 1999, se creó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de discriminación contra la mujer, que ha sido publicado en el BOE el 9 de agosto de 2001.

La recurrente ostenta mejor derecho que su tío carnal D. Jesús María, ya que su fallecida madre era mayor en edad que el mismo, por lo que así se le debe reconocer aplicando el art. 14 CE y la Convención de Nueva York. Cita el art. 2 de la Convención.

[...]

La sentencia recurrida viola el art. 6 del Tratado de la Unión Europea, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Seguir aplicando el obsoleto principio de varonía supone no solo vulnerar principios constitucionales sino también uno de los pilares en los que se basa la Unión Europea, como es el respeto total y absoluto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y corresponde a cada Estado parte garantizar el citado respeto, presupuesto éste que no sólo se deduce de las normas internacionales [arts. 2.c) y d) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer], sino que la propia LOPJ se obliga en los arts. 7.1 y concordantes, a velar por el efectivo desarrollo de los mismos.

Parece ilógico, que en la actualidad se continúe con esta odiosa vejación, ya que la línea seguida por todos los miembros de la Unión Europea y muy especialmente por España, es eliminar radicalmente cualquier conducta que subordine la condición de mujer a la del hombre; así, ha sido proclamada por el Consejo Europeo de Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2000, que en su art. 21 hace especial incidencia en la erradicación de cualquier forma de discriminación y muy especialmente la ejercida por razón de sexo.

Nota: la sentencia parcialmente transcrita constituye un botón de muestra de la litigiosidad judicial que, en nuestro país, ha suscitado el principio histórico de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios, consagrado en las leyes de 4 de mayo de 1948 y 11 de octubre de 1820. El asunto tiene su origen en una demanda que había presentado la actora que se ha creído con mejor y preferente derecho sobre su tío para usar, poseer y disfrutar los títulos nobiliarios de Marqués de Casteldosrius con Grandeza de España y Barón de Santa Pau, y que alega, en su defensa, que la aplicación de la norma de la primacía del varón en la sucesión regular del

título nobiliario es incompatible con el principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo recogido en el art. 14 de la Constitución Española, amén de vulnerar, entre otros, el art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en vigor para España desde el 4 de febrero de 1984, que obliga al Estado español a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

En su sentencia, el Tribunal Supremo recopila una doctrina jurisprudencial ya asentada que estima conforme a la Constitución, y por tanto no considera discriminatorio el principio de masculinidad en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, en razón del carácter honorario, histórico y simbólico de los títulos. En apoyo de su argumento, el Alto Tribunal invoca y se hace eco de una jurisprudencia constitucional que desde la sentencia 126/1997, de 3 de julio, nos recuerda que en un Estado social y democrático como el nuestro, el ostentar un título nobiliario no supone en modo alguno «un estatus o condición estamental y privilegiada» sino que estamos ante «un simple *nomen honoris* que implica referencia a la historia en cuanto símbolo y no posee otro valor que el puramente social que en cada momento quiera otorgársele». Precisamente, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al que se alude venía a rectificar una jurisprudencia del Tribunal Supremo que en casi una docena de sentencias dictadas a finales de 1980 y principios de 1990, había sostenido la tesis predominante de que la Constitución española era de aplicación a la sucesión de títulos nobiliarios, de manera que la preferencia masculina en dicha sucesión era discriminatoria y, por ende, había que derogarla por inconstitucionalidad sobrevenida. Por lo demás, en la misma línea del TC se sitúa la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de octubre de 1999.

A pesar de la jurisprudencia anterior, como se observa nada pacífica, lo cierto es que en España, en la época constitucional, se ha mantenido vigente una legislación histórica que ha amparado la inferioridad de las mujeres al excluirlas de la sucesión de los títulos nobiliarios. El carácter discriminatorio de tales normas, justificado y arraigado a cuestiones culturales o históricas, choca frontalmente con los compromisos internacionales asumidos por España en virtud de la Convención de la Mujer de 1979. Por fortuna, se ha promulgado la Ley 33/2006, de 30 de octubre (BOE núm. 260, de 31 de octubre de 2006), sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, cuyo art. 1 reza que «el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos». La entrada en vigor de esta ley, que no se aplica, sin embargo, a la Corona, debe propiciar un cambio de doctrina tanto del Tribunal Supremo como, sobre todo, del Tribunal Constitucional.

Eva Díez PERALTA

7.3.2. Igualdad entre los sexos: Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Sentencia del Pleno del TC 180/2009, de 21 de julio de 2009.

F.: <http://www.tribunalconstitucional.es>.

ANTECEDENTE 4. Considera el Juzgado que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que da nueva

redacción a los preceptos gestionados, se inspira en la ética de género propia del ideario del feminismo esencialista o de la diferencia, y que resulta opuesta a la ética universal, plasmada en la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, en los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos sociales, culturales de 1966, y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales

Nota: desde la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, algunos órganos judiciales españoles han promovido una serie de cuestiones de inconstitucionalidad contra la nueva redacción que la mencionada Ley ha dado a determinados preceptos de nuestro Código penal. Se ha discutido, particularmente, el tratamiento penal diferenciado y el endurecimiento de las respuestas punitivas en función del sexo del sujeto agresor, que perjudica y discrimina al varón cuando se producen agresiones en el ámbito de la pareja. Al establecer una distinción por razón de sexo en el ámbito penal se compromete injustificadamente, se ha dicho, el principio de igualdad. Y ello, según el Juzgado que promueve la cuestión de inconstitucionalidad en el caso de autos, como se deduce del párrafo transcrito, va en contra del carácter universal de los derechos humanos consagrados en los textos internacionales más relevantes.

Sin embargo, como muestra esta sentencia, el TC ha rechazado sistemáticamente la inconstitucionalidad de una ley que, según su primera disposición, «tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Lo que no dice el TC, quizás porque lo desconoce, es que el precepto reseñado de la Ley 1/2004 viene a reproducir no sólo la letra sino también el espíritu de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, recogida en la Resolución 48/104, de 23 de febrero de 1994, de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, además, insta a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer.

Eva Díez PERALTA

7.4. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal

Nota: cabe remitirse a lo señalado en esta crónica por P. Martín Rodríguez en su comentario. Durante este periodo el TS ha reiterado sistemáticamente que el recurso de casación cumple con las exigencias del art. 14.5 PIDCP y los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH.

Una cuestión espinosa es la naturaleza de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos: así en la STS 893/2009, de 10 de septiembre de 2009, se afirma su naturaleza no jurisdiccional; mientras que en la STS 1247/2009, de 11 de diciembre de 2009, se señala acerca de la naturaleza del propio Comité que es política y no jurisdiccional.

Por otra parte las STS 1247/2009, de 11 de diciembre de 2009; y 2904/2009, de 17 de diciembre de 2009, ambas posteriores a la entrada en vigor para España del Protocolo núm. 7 al CEDH, omiten pronunciarse respecto a este último.

Rafael MARÍN AÍS

7.5. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7.^a), de 17 de mayo de 2010. Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130072010100166.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.^a), de 22 de junio de 2010. Ponente: Rafael Fernández Valverde.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052010100317.

Nota: el Tratado de la Unión Europea, tal y como fue reformado por el Tratado de Lisboa cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009, equiparó la Carta de Derechos Fundamentales en valor jurídico a los Tratados (art. 6.1 TUE). No obstante, en la jurisprudencia española anterior y posterior a este momento no se observan grandes diferencias: este instrumento sigue siendo invocado en supuestos puramente internos, donde no está siendo aplicado el Derecho de la Unión (único supuesto donde los Estados miembros quedan obligados a respetar la CDFUE de acuerdo con su art. 51). Resultan invocados especialmente los derechos consagrados bajo la rúbrica del derecho a una buena administración de su art. 41.1 en relación con el principio de eficacia administrativa del art. 103 CE en procedimientos relativos al cobro de deudas tributarias. Como en periodos anteriores el TS sigue sin precisar cuál es el valor jurídico de este instrumento (mencionándolo en su proclamación originaria en el Consejo Europeo de Niza de 7 de diciembre de 2000), y sigue sin señalar en virtud de qué título constitucional (arts. 10.2 o 96.1 CE) se viene empleando como recurso hermenéutico acumulativo. Véase Comentario en *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 187-192 realizado por R. Marín Aís sobre la CDFUE y MARÍN AÍS, R., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en España con el Tratado de Lisboa», *Revista Digital de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 2, 2010, pp. 1-34.

Rafael MARÍN AÍS

7.6. Apatridia

Condición jurídica de los saharahuis. Reconocimiento del estatuto de apátrida.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 30 de octubre de 2009. Ponente: Mariano De Oro-Pulido López.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052009100563.

QUINTO .—[...] En efecto, en este caso se ha fundamentado la denegación del estatuto de apátrida en dos razones: que el solicitante ya recibía protección de un organismo de las Naciones Unidas y que Argelia concede facilidades, concretamente pasaportes, a los saharauis, pero dichas razones han sido consideradas insuficientes en nuestras recientes sentencias de 20 de noviembre de 2007 (RC 10503/2003), 18 de julio de 2008 (RC 555/2005) y 19 de diciembre de 2008 (RC 7337/2005), en las que hemos examinado y resuelto cuestiones sustancialmente iguales a las que ahora se plantean.

Respecto de la concesión de pasaporte por parte de Argelia dijimos lo siguiente:

[...] Argelia nunca ha efectuado manifestación alguna —expresa ni tácita— tendente al reconocimiento u otorgamiento de la nacionalidad argelina a los saharauis que, como refugiados, residen en los campamentos de Tinduff.

Lo acontecido con la recurrente —y con otros saharauis en condiciones similares— es que Argelia, por razones humanitarias, documenta a los saharauis refugiados en su territorio —en concreto, en el desierto cercano a Tinduff— con la finalidad de poder salir por vía aérea a países que —como España— no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui Democrática; documentación consistente en la emisión de pasaporte al que el Consulado Español en Argel acompaña el correspondiente visado. Mas, con tal actuación, en modo alguno se está procediendo al reconocimiento de la nacionalidad argelina por los saharauis, la cual, por otra parte, como ocurre con el Reino de Marruecos, tampoco es solicitada o deseada por los mismos. No se trata, pues, del otorgamiento del vínculo de la nacionalidad, sino de una mera actuación de documentación de un indocumentado con la expresada finalidad humanitaria de poder desplazarse para —como en este caso aconteció— poder recibir atención médica. Por ello, la exigencia, tanto del Ministerio de Interior como de la sentencia de instancia, de tener que recurrir a las vías administrativas y judiciales argelinas para obtener la renovación del pasaporte concedido en los términos expresados, en modo alguno resulta aceptable, cuando consta acreditado que el Consulado de Argelia en Madrid se niega a la mencionada prórroga —por carecer los solicitantes de nacionalidad argelina— remitiéndolos a la Oficina de la RASD en España que, al no estar reconocida por España, carece de la posibilidad de emitir pasaportes o renovarlos a quienes —como la recurrente— devienen indocumentados en España por la expiración del pasaporte con el entraron en nuestro país.

Resulta conveniente distinguir dos situaciones diferentes: la una es la que —como en el supuesto de autos acontece— consiste en proceder a documentar a quien por diversos motivos carece de documentación que le impide su simple desplazamiento e identificación; y otra, diferente, la concesión de la nacionalidad de un[a] país. La primera cuenta con un carácter formal, no exige la solicitud y voluntariedad del destinatario y no implica una relación de dependencia con el Estado documentante; la segunda, el otorgamiento de la nacionalidad, por el contrario, exige el cumplimiento de una serie de requisitos previstos por la legislación interna del país que la otorga, e implica su previa solicitud y su posterior y voluntaria aceptación —que se plasma en la aceptación o el juramento del texto constitucional del país—, surgiendo con el nuevo país un vínculo jurídico de derechos y obligaciones que la nacionalidad implica y representa. La nacionalidad no originaria implica, pues, la aceptación —por supuesto, voluntaria— de un nuevo status jurídico si se cumplen las condiciones legales previstas internamente por cada país, mas, en modo alguno, la nacionalidad puede venir determinada por la imposición, por parte de un país, con el que se mantienen determinados vínculos —por variados motivos— en relación con quien no desea dicha nacionalidad, por no concurrir un sustrato fáctico entre ambos que permita la imposición de la relación jurídica configuradora de la citada relación.

La nacionalidad, pues, es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado y del individuo; mas todo ello, como venimos señalando, en el marco de una relación de voluntariedad y mutua aceptación

En consecuencia, desde la perspectiva argelina, y de conformidad con la Convención de Nueva York, la recurrente no puede ser «considerada —por parte de Argelia— como nacional suyo, ... conforme a su legislación».

Y en cuanto a la protección de los saharauis por parte de las Naciones Unidas dijimos:

Por último, tampoco podemos considerar a la recurrente como incluida en el supuesto de la excepción prevista en art. 1.2.i) de la Convención de Nueva York de 1954, esto es, como «personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia».

Como ya conocemos la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU núm. 690 (de 24 de abril de 1991), por la que se creó —por unanimidad— la Misión de Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sáhara Occidental (MINURSO) en modo alguno reconoce a la recurrente la protección y asistencia exigida por la excepción convencional de precedente cita; si se observan los objetivos de la misma se podrá comprobar que tal Misión está dirigida a «supervisar» el cese del fuego entre el Reino de Marruecos y los saharauis; a «verificar» la reducción de tropas de Marruecos en el territorio del Sáhara; a «supervisar» la restricción de tropas marroquíes y saharauis a lugares señalados; a «supervisar» el intercambio de prisioneros de guerra; a «hacer efectivo» el programa de repatriación; a «identificar y registrar» las personas con derecho a voto; así como a «organizar y asegurar» la celebración de un referéndum libre y justo, dando a conocer los resultados.

Por tanto, los seis primeros cometidos se relacionan con una situación bélica, que se trata de evitar o minimizar en sus efectos y consecuencias, y, los dos últimos se relacionan con la celebración de un referéndum, cuya espera dura ya dieciséis años desde que se creara la MINURSO. No parece, pues, que con tan específicas competencias la citada Misión pueda otorgar a los saharauis la protección y asistencia que la Convención requiere para excluir a los mismos de su pase a la situación de apatridia. Escasa protección y asistencia puede deducirse de tal Misión por parte de quienes —desde hace más de treinta años— viven como refugiados en el desierto de un país vecino, y sin que el ordenado referéndum se haya celebrado tras los citados dieciséis años de espera. En todo caso, si descendemos al caso concreto, tal supuesta protección y asistencia sería predicable en relación con quienes se mantienen como refugiados en Argel, mas sin que los efectos de la MINURSO, limitada a los ámbitos expresados, abarque a quienes, como la recurrente residen, en España.

Como hemos dicho, las consideraciones expuestas en estas sentencias, que acabamos de transcribir, resultan plenamente aplicables al caso aquí examinado, por lo que, en definitiva, procede estimar el recurso de casación y, revocando la sentencia de instancia, estimar el recurso contencioso-administrativo en el sentido de reconocer el derecho del recurrente al reconocimiento del estatuto de apátrida.

Nota: la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009 se inscribe en la jurisprudencia del alto tribunal relativa a la condición jurídica de los saharauis, una cuestión que quedó sin resolver cuando España se retiró del Sáhara, y que abocó a dicha población a una situación de clara indeterminación jurídica.

En efecto, cuando España abandona el Sáhara en 1975 dejándolo en manos de Marruecos y Mauritania, la situación jurídica de sus habitantes era muy dispar, variando según permanecieran en territorio ocupado por Marruecos (pudiendo obtener el pasaporte marroquí aunque ellos no lo desearan), se encontrasen en los campamentos de refugiados de Tinduf en Argelia (país que les daba pasaportes argelinos), o en terceros países. A dicha complejidad contribuyó también el propio Gobierno español cuando promulgó el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, que ofreció a los saharauis

la posibilidad de optar por la nacionalidad española durante el plazo de un año desde la entrada en vigor del Decreto, un derecho concebido en términos muy restringidos y que ejercieron sólo veintinueve personas (una Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1999, comentada en esta revista en una crónica anterior, resolvió un caso concreto de ejercicio del derecho de opción especial ofrecido por el Decreto de 1976, otorgando a un ciudadano saharahuí la nacionalidad española al considerar que había optado en plazo por dicha nacionalidad, con la consiguiente anulación de las resoluciones administrativas que se la habían denegado previamente, véase SOROETA LICERAS, J., *REDI*, vol. LII, 2000, 2, pp. 473-478).

Expirado el plazo para la aplicación del Decreto de 1976, la Sentencia de 28 de octubre de 1998 del Tribunal Supremo vino a generar nuevas expectativas en la población saharahuí al atribuir la nacionalidad española a un saharahuí, en aplicación del art. 18 del Código Civil, por haber consolidado dicha nacionalidad como consecuencia de su posesión y utilización continuada. El Tribunal Supremo utilizó, a efectos de prueba, los documentos administrativos que le fueron expedidos por las autoridades españolas durante el periodo anterior al abandono del Sáhara. Esta doctrina fue aplicada en ulteriores resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (SOROETA LICERAS, J., *REDI*, vol. LI, 1999, 2, pp. 603-614; véase, p. ej., la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 2007, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, en p. 1245), si bien en términos cada vez más restrictivos (véase la reciente práctica de la DGRN en: GUZMÁN ZAPATER, M., «Presunción de la nacionalidad española de los nacidos en el “Sáhara español”», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, pp. 1999-1204). Otra Sentencia de 16 de septiembre de 2004 de la Audiencia Nacional otorgó a un saharahuí nacido en El Aaiún la nacionalidad española por residencia del art. 22 del Código Civil en el plazo privilegiado de un año, por considerar que pudo haber ejercitado la opción por la nacionalidad española prevista por el Decreto 2258/76, y porque «el Sáhara Occidental ha de considerarse territorio español a los efectos del art. 22 del Código Civil», argumento este último en el que, sin embargo, no ha entrado el Tribunal Supremo porque, en el recurso de casación planteado por el Abogado del Estado contra dicha sentencia, no se recurrió este motivo concreto (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008, RC 9840/2004).

La Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (RC 10503/2003) evidenció una posición más restrictiva por parte del Tribunal Supremo en relación con la concesión de la nacionalidad española a los saharahúes al precisar que: «Por lo que hace referencia, [...], a la nacionalidad española debemos señalar que, como regla general, en este momento, no puede la misma considerarse de atribución a los saharahúes». O que: «España nunca consideró españoles a los saharahúes, aunque mediante Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, se les concediera a los entonces residentes en el Sáhara Occidental la opción de poder optar por la nacionalidad española, y aunque determinadas normas españolas intentaran, incluso, un proceso de “provincialización” del territorio». La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2007 es también la primera de una serie de sentencias, entre las que se encuentra la que es objeto de esta crónica, en las que el Tribunal Supremo, resolviendo los recursos planteados por saharahúes procedentes de los campamentos de refugiados de Tinduf (Argelia) a los que las autoridades españolas y la Audiencia Nacional habían denegado la condición de apátridas, concluye que tienen derecho a dicha condición jurídica en España). Nos referimos concretamente a las Sentencias de 18 de julio de 2008 (RC 555/ 2005), 28 de noviembre de 2008 (RC 2515/2005), y de 19 de diciembre de 2008 (RC 7337 / 2005), a las que se añade ahora la Sentencia de 30 de octubre de 2009 (RC 2805/2006), que es objeto

de esta crónica, y cuya aportación reside, desde mi punto de vista, en contribuir a consolidar la doctrina del alto tribunal en relación con la condición jurídica genérica que cabe atribuir a los saharauis en España.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009 se impugna en casación una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por medio de la cual se desestimó el recurso planteado por un saharahui (D. Epifanio) contra la resolución del Ministro del Interior por la que le fue denegado el reconocimiento del estatuto de apátrida. La Audiencia Nacional le negó la condición de apátrida por no concurrir en él los requisitos establecidos para ello por el art. 1.2. de la Convención sobre el Estatuto de Apátridas de Nueva York de 28 de septiembre de 1954, según el cual dicha Convención no se aplicará: i) «a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia»; ii) «a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país».

Concretamente, la Audiencia Nacional basó la denegación del estatuto de apátrida en dos razones: *a)* la primera, que el solicitante recibía protección de un organismo de las Naciones Unidas como es la MINURSO (*Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum en el Sáhara Occidental*), y *b)* la segunda, que se beneficiaba de la concesión de pasaporte por parte de Argelia (lo que equivalía, a su juicio, al reconocimiento de la nacionalidad argelina).

El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que este ciudadano saharahui tiene derecho al reconocimiento del estatuto de apátrida. Para el alto tribunal, la concesión por parte de Argelia de pasaportes para que los saharauis que viven en Tinduf puedan salir de su territorio, provistos de documentación no equivale al reconocimiento de la nacionalidad argelina.

Además, entiende que el carácter restringido y específico del mandato establecido por la resolución del Consejo de Seguridad de la ONU por la que se creó la MINURSO, impide considerar que dicha operación de mantenimiento de la paz otorgue a los saharauis la protección y asistencia que requiere la Convención sobre el Estatuto de Apátridas de 1954 para excluirlos de su pase a la situación de apátridas. Como vemos, la limitación del mandato de la MINURSO, ceñido a la celebración de un referéndum de autodeterminación y que no incluye funciones de vigilancia del respeto de los derechos fundamentales de los saharauis en el territorio del Sáhara, tiene consecuencias jurídicas concretas en orden a determinar la condición de apátridas de los saharauis.

Del alcance de la represión marroquí en el Sáhara, y de la consiguiente inoperancia de la MINURSO en relación con la protección de los derechos humanos de este colectivo que reside en el territorio ocupado por Marruecos, da cuenta el desmantelamiento por la fuerza el pasado 8 de noviembre de 2010 del campamento de Agdaym Izik, a quince kilómetros de el Aaiún, en el que los saharauis reivindicaban mejoras en sus condiciones de vida. A raíz de dicha intervención marroquí, el Parlamento Europeo, en Resolución aprobada el 25 de noviembre de 2010 ha pedido a los órganos de las Naciones Unidas que propongan el establecimiento de un mecanismo de control de los derechos humanos en el Sáhara Occidental. Dicho sea esto último, ya fuera del marco temporal de esta crónica, para complementar la sentencia comentada.

Carmen LÓPEZ-JURADO